



3

Développements récents en matière de garanties mobilières et de cautionnement

Frédéric GEORGES

Professeur ordinaire à l'Université de Liège, avocat

Charlotte MUSCH

Assistante à l'Université de Liège, avocat ¹

SECTION 1

Les sûretés réelles mobilières

69

SECTION 2

Les mécanismes préférentiels

88

SECTION 3

Le cautionnement à titre gratuit et la décharge
des sûretés personnelles

102

1. Les deux premières sections de la présente contribution ont été rédigées par le premier soussigné, qui remercie vivement Monsieur Thomas Hürner, juriste à la Banque nationale de Belgique, pour son aimable relecture et ses très pertinentes remarques ; la seconde soussignée est l'auteur de la troisième section ; les deux soussignés endossent naturellement seuls la responsabilité du contenu de ce texte.



1. Le droit de l'insolvabilité et des garanties de paiement ne connaît guère de période de stabilité. Il tressaille sans cesse tantôt des implications d'une décision marquante, tantôt d'une réforme législative, que cette dernière ne soit encore que projetée ou que déjà en vigueur, elle ne produise pas les résultats escomptés. Nul ne s'en étonnera, au regard de l'antagonisme des nombreux intérêts en présence.

Les mois qui précèdent la rédaction du présent rapport illustrent le phénomène à merveille. Ainsi, le principe d'égalité des créanciers, dont le sacrifice sur l'autel de l'efficacité et de l'opposabilité des conventions faisait l'objet d'un certain prosélytisme, semble connaître un renforcement dans la jurisprudence de la Cour de cassation. En trois ans, en effet, cette dernière a limité le champ d'application des dispositions favorables à l'opposabilité de la réserve de propriété en cas de concours², ravalé à un gage la cession de propriété à titre de garantie lorsque cette dernière n'est pas consacrée expressément par la loi³, opposé une certaine réticence à la montée en puissance de la compensation nonobstant concours⁴, consacré le caractère saisissable du compte d'avocat par les créanciers de ce dernier⁵, et étendu l'inopposabilité de la mise en œuvre de l'action directe du sous-traitant après la naissance d'une mesure d'emprise sur la créance de l'entrepreneur principal à l'égard du maître d'ouvrage⁶. Par ailleurs, un important avant-projet de loi de réforme du droit des sûretés mobilières a été récemment déposé sous forme de proposition de loi à la Chambre des représentants⁷.

2. Voy. *infra*, n°s 32 à 35.

3. Cass. (1^{re} ch.), 3 décembre 2010, *R.W.*, 2010-2011, pp. 727 (somm.) et 1177, avec note R. FRANSIS, *N.J.W.*, 2010, p. 834, avec note V. SAGAERT, *Dr. banc. fin.*, 2011, p. 120, avec note I. PEETERS, *R.D.C.*, 2011, p. 866, avec note M. GREGOIRE et L. CZUPPER, *R.G.D.C.*, 2011, p. 497, avec note Fr. GEORGES ; cet arrêt casse Bruxelles, 26 janvier 2009, *Dr. banc. fin.*, 2011, p. 117, *R.W.*, 2010-2011, p. 810.

4. Voy. *infra*, n°s 18 à 26 ; il s'agit d'une part du confinement de la compensation fiscale aux seules créances existantes en leur principe au jour de la faillite et d'autre part de l'énoncé, à deux reprises, d'une règle, selon laquelle la compensation demeure en principe exclue entre les dettes et les créances nées avant la faillite et les créances et les dettes nées après la faillite, même s'il y a connexité.

5. Cass. (1^{re} ch.), 27 janvier 2011, *J.T.*, 2011, p. 162, avec note G. DE LEVAL et Fr. GEORGES, *J.L.M.B.*, 2011, p. 423, *T. Not.*, 2011, p. 310, avec note Chr. ENGELS, *NjW*, 2011, p. 266, avec note A. VANDERHAEGEN, *R.A.B.G.*, 2011, p. 455, avec note P. VANLERSBERGHE, *R.W.*, 2010-2011, p. 1775, avec note V. SAGAERT, *R.D.C.*, 2011, p. 561, avec note R. HOUBEN ; adde M. GREGOIRE, « L'unicité du patrimoine (se) déchire », in *Réalités et fictions du droit des garanties – Hommage à la rigueur créative d'Anne-Marie Stranart*, Larcier, 2011, pp. 483 et s.

6. Cass. (1^{re} ch.), 20 janvier 2012, encore inédit, C.10.0135.F, où la Cour décide que « une saisie-arrêt pratiquée par un créancier de l'entrepreneur entre les mains du maître de l'ouvrage emporte l'indisponibilité de la créance de l'entrepreneur sur le maître de l'ouvrage (et que) cette indisponibilité fait obstacle à l'introduction par un sous-traitant de l'action directe visée à l'article 1798 du Code civil ».

7. Proposition de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., n° 53-2083/001 ; si le site web de la Chambre révèle que la proposition a été retirée, l'accord de gouvernement du 1^{er} décembre 2011 dispose en sa page 137, que « afin de rendre le service de la justice plus performant et tenant compte de nouveaux phénomènes dans certains secteurs, le Gouvernement travaillera également à la rédaction de nouvelles législations (modification du code civil dans le domaine des sûretés sur les biens mobiliers,...) » (www.premier.be).

2. Eu égard aux différents thèmes abordés dans les autres contributions du présent colloque et aux limites imparties à ce dernier, nous nous bornerons dans le présent rapport à l'examen de trois sujets⁸. Le premier relève des sûretés réelles mobilières ; il y sera surtout question de la réforme récente de la loi sur les sûretés financières, sans néanmoins négliger la jurisprudence suscitée tant par elle que par d'autres formes de nantissemments (Section 1).

En deuxième lieu, les mécanismes préférentiels que sont la compensation et la réserve de propriété feront l'objet d'une attention particulière (Section 2).

Enfin, les sûretés personnelles ne sont pas oubliées ; elles seront abordées sous l'angle du cautionnement à titre gratuit et des mesures de clémence dont elles bénéficient à certaines conditions (Section 3).

SECTION 1

Les sûretés réelles mobilières

1.1 Les nantissemments « traditionnels »

3. Nul n'ignore que le droit commun du nantissement est largement obsolète en ce qu'il nécessite une dépossession et qu'hormis les hypothèses où il a pour assiette des biens incorporels, il est tombé en désuétude. Même pour les avoirs incorporels, le régime reste lacunaire en ce qu'il ne réglemeute qu'insuffisamment les relations entre créancier gagiste, débiteur et débiteur de ce dernier. On relève ainsi un arrêt du 13 mars 2007 de la cour d'appel de Liège, qui a eu à connaître d'un gage commercial sur des billets à ordre⁹. Ces billets à ordre avaient été donnés en nantissement par une S.A. Société Herstalienne pour la Finance, l'Industrie et le Commerce (en abrégé HER-FIC) à Fortis Banque, afin de garantir la créance dont cette dernière aurait pu être titulaire à son égard suite à l'éventuel appel à un crédit de signature. Au moment où les billets à ordre vinrent à échéance, la banque perçut leurs montants, en application de l'article 3 de la loi sur le gage commercial, selon lequel « le créancier gagiste perçoit, aux échéances, les intérêts, les dividendes et les capitaux des valeurs données en gage, et

8. On renvoie pour le surplus et principalement aux ouvrages généraux (Chr. BIQUET-MATHIEU [dir.], *Sûretés et procédures collectives*, C.U.P., vol. 100, Anthemis, 2008 ; E. DIRIX et R. DE CORTE, *Zeke-rechts-rechten*, 5^e éd., Kluwer, 2006 ; M. GREGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, Bruylant, 2006 ; Fr. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 4^e éd., Larcier, 2004) et aux chroniques de jurisprudence (Chr. BIQUET-MATHIEU, « Les sûretés », in *Chroniques notariales*, vol. 43, Larcier, 2006, pp. 135 et s. ; Fr. GEORGES et Chr. BIQUET-MATHIEU, « Les sûretés », in *Chroniques notariales*, vol. 50, Larcier, 2009, pp. 11 et s. ; M. GREGOIRE, « Les sûretés réelles et les privilèges », *Dr. banc. fin.*, 2007, pp. 334 et s. ; J.-L. LEDOUX, *Les sûretés réelles – Chronique de jurisprudence 1994-2002*, Dossiers du J.T., vol. 43, Larcier, 2003) les plus récents.

9. Liège (7^e ch.), 13 mars 2007, *R.D.C.*, 2009, pp. 33 et s., avec obs. M.-D. WEINBERGER.

les impute sur sa créance. Si le gage consiste en effets de commerce, le créancier gagiste exerce les droits et est soumis aux devoirs du porteur ». Aucune convention n'intervient entre parties quant à l'affectation des sommes perçues par la banque.

Un litige survient à propos du statut des fonds ainsi détenus par la banque et de leur rémunération par cette dernière.

Selon la cour d'appel de Liège, « il est admis que si la créance garantie n'est pas exigible au moment de la perception des valeurs gagées, ce qui était le cas en l'espèce, le créancier gagiste ne peut procéder à l'imputation mais il conservera la somme jusqu'à l'exigibilité de sa créance et l'imputera sur celle-ci lorsqu'elle sera devenue exigible... Contrairement à l'appréciation de (la banque), ce mécanisme légal n'instaure pas en soi un transfert de propriété à titre fiduciaire, mais une substitution de gage : le gage est reporté sur les montants perçus. Le gage sur la créance est pour ainsi dire converti en un gage sur une somme d'argent... Les modalités mêmes de la perception, soit un transfert de compte à compte et non la remise d'une somme d'argent fongible, excluent les controverses relatives au gage sur une somme d'argent, considérés par certains, comme un transfert de propriété... La particularité vient de ce que le produit des billets a été porté sur un compte ouvert au nom de (Fortis). Celle-ci ne peut toutefois en déduire le consentement de HER-FIC à un transfert de propriété : cette inscription n'est pas le fait de HER-FIC qui n'a transféré à ce compte aucun montant, celui-ci provenant d'un tiers, à savoir FNNH, et à l'intervention de la seule appelante. HER-FIC n'a eu aucune maîtrise quant à cette inscription ».

Cette qualification opérée, restait la question de la rémunération des fonds consignés. Fortis Banque soutenait que même si elle avait conservé les fonds en tant que créancier gagiste, elle n'était pas redevable, à défaut de convention contraire, d'un intérêt sur ces sommes. Dans son arrêt, critiqué par son annotateur à la *Revue de droit commercial*, la cour commence par citer notre collègue Biquet-Mathieu, selon qui l'obligation d'un détenteur d'une somme d'argent au titre de gage, de placer cette somme à intérêts, pourrait être déduite du principe d'exécution de bonne foi des conventions¹⁰. La cour poursuit en décidant que « comme pour tout compte dont elle avait la disposition, l'appelante était tenue de rémunérer l'inscription des fonds au compte litigieux ». Partant du statut particulier des établissements de crédit, sur qui la cour fait porter une obligation de principe de rémunérer les fonds qu'elle détient pour compte d'autrui, mais en tenant compte des circonstances particulières de la cause, en l'occurrence l'attentisme de HER-FIC, la cour octroie une rémunération par un taux d'intérêt changeant selon le moment de la détention des fonds par Fortis.

4. Un arrêt du 10 avril 2006 de la cour d'appel de Gand relate les déboires d'un établissement de crédit dans sa tentative de revendiquer le bénéfice de différentes

10. Chr. BIQUET-MATHIEU, « Les sûretés », *op. cit.*, sp. p. 225, n° 50.

inscriptions de gages sur fonds de commerce pour garantir le recouvrement d'une créance, portion d'un crédit « revolving » consenti par un pool bancaire à concurrence de 430 millions de dollars le 2 mai 2000, à une entreprise spécialisée dans les techniques de reconnaissance vocale devenue tristement célèbre en Belgique ¹¹.

Les gages sur fonds de commerce ayant donné lieu aux inscriptions successives avaient été consentis entre 1991 et 1997 à Paribas Belgique et Bacob, aux droits desquels avait succédé, suite à des opérations de fusion, l'établissement de crédit membre du pool bancaire. Les actes de nantissement avaient été consentis en garantie de toutes sommes, selon un usage généralisé.

Après avoir classiquement reconnu la validité de principe des nantissements pour toutes sommes, la cour d'appel de Gand pose à titre de principe que si une fusion ne compromettrait en principe pas l'intégrité de la sûreté consentie, cette dernière ne pouvait néanmoins garantir les « créances du repreneur et de la société reprise qui découlent d'une relation d'affaire tout à fait nouvelle » ¹². À l'estime de la cour, le crédit « revolving » de mai 2000 participait d'une telle relation, de sorte que la banque n'a pu se prévaloir de ses garanties antérieurement consenties aux établissements de crédit qu'elle avait absorbés. Le lecteur trouvera dans la note de M. Parrein sous cet arrêt de la cour d'appel de Gand de très intéressants développements sur le sujet, de même que dans une contribution de M. Loosveld parue concomitamment à propos d'une autre affaire ¹³.

5. Le 20 octobre 2006, la Cour de cassation a décidé que l'application de l'article 13, alinéa 1^{er}, de la loi du 25 octobre 1919 sur la mise en gage du fonds de commerce, l'escompte et le gage de la facture, ainsi que l'agrégation et l'expertise des fournitures faites directement à la consommation, aux termes duquel « toute créance née d'activités professionnelles, commerciales ou civiles et qu'il est d'usage de constater par une facture peut être cédée ou donnée en gage par endossement de cette facture ou d'une copie certifiée conforme de celle-ci », n'est pas limitée aux factures de biens déjà livrés ou de prestations déjà fournies ¹⁴.

6. Dans un arrêt du 24 mai 2006 ¹⁵, la Cour constitutionnelle, alors dénommée Cour d'arbitrage, a donné une réponse positive à la question de la constitutionnalité

11. Gand (7^e ch.), 10 avril 2006, *T.G.R.*, 2006, p. 235, *T.R.V.*, 2007, p. 59, avec note F. PARREIN, « De fusie van ondernemingen en « alle-sommen »-zekerheden ».

12. « Het strekt zich evenwel niet uit tot de schuldvorderingen van de overnemende en de overgenomen vennootschap die uit een geheel nieuwe zakenrelatie voortvloeien ».

13. Anvers, 7 octobre 2004, *R.A.B.G.*, 2007, p. 45, avec note S. LOOSVELD, « De geldigheid en tegenwerpbaarheid van zekerheden in groepsverband getoetst aan het zekerheids-, vennootschaps-, faillissements- en international privaatrecht ».

14. Cass. (1^{re} ch.), 20 octobre 2006, *Pas.*, 2006, p. 2110, *R.A.B.G.*, 2008, p. 986, *R.W.*, 2008-2009 (somm.), p. 1661.

15. C.Arb., n° 88/2006, 24 mai 2006, www.courconstitutionnelle.be, *R.A.B.G.*, 2007, p. 5.

des articles 11.IV et 12 de la loi du 25 octobre 1919 sur la mise en gage sur le fonds de commerce, complétés par les articles 4 à 10 et tout particulièrement 5 du titre 1^{er} de la loi du 5 mai 1872 formant le titre VI du Code de Commerce, lus comme permettant « au créancier-gagiste de faire saisir-exécuter les meubles corporels couverts par le gage sans faire décerner au préalable le commandement visé à l'article 1499 du Code judiciaire ». Le juge des saisies de Bruxelles s'interrogeait ainsi sur l'existence éventuelle d'une rupture de l'égalité au regard des articles 10 et 11 de la Constitution entre, d'une part, le débiteur-gagiste et le débiteur ordinaire, tout comme, d'autre part, entre le créancier-gagiste et le créancier ordinaire ¹⁶.

La Cour n'y a pas vu de violation du principe d'égalité : « Compte tenu de ce qui précède, et sans qu'il soit besoin de se prononcer sur la nature de la saisie d'un fonds de commerce mis en gage, la Cour constate qu'il existe une différence de traitement entre les débiteurs et les créanciers dans le cadre d'un gage sur fonds de commerce et les débiteurs et créanciers de droit commun. Cette différence est toutefois raisonnablement justifiée. En effet, il existe entre le créancier-gagiste sur fonds de commerce et le débiteur-gagiste sur fonds de commerce – comme entre tout créancier et son débiteur qui a consenti un gage, civil, commercial ou sur fonds de commerce – une sûreté réelle qui a été consentie conventionnellement. Dans le cas d'un gage portant sur l'ensemble des biens qui constituent le fonds de commerce, la nature fluctuante de ce gage particulier sans dépossession a conduit le législateur à déroger aux règles du droit commun des saisies, dans le but de garantir l'efficacité de cette sûreté nouvelle qui visait à favoriser le crédit pour l'industrie et le commerce. Ainsi, d'une part, le créancier est autorisé à saisir de manière conservatoire, sans permission du juge, les éléments constitutifs du fonds de commerce donné en gage. D'autre part, la procédure même de réalisation du gage sur fonds de commerce est alignée sur celle organisée pour le gage commercial. Cette procédure particulière de réalisation, rappelée en B.4.4 ¹⁷, garantit en outre un contrôle de la régularité de la procédure

16. On sait que lorsque le débiteur est tombé en faillite, il est fréquent que le gage soit réalisé à la demande du gagiste par le curateur lui-même ; un arrêt du 12 février 2009 de la cour d'appel de Liège a rappelé que les frais, débours et honoraires relatifs à cette réalisation s'imputent sur le produit de celle-ci au titre de frais de justice, par préférence au créancier gagiste ; la cour décide également que le paiement du créancier gagiste, et l'arrêt du cours des intérêts, ont lieu non à la date à laquelle le curateur perçoit le prix de vente du fonds, mais à celle où il transfère ce prix en tout ou en partie au créancier gagiste. » (Liège (7^e ch.), 12 février 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 357).

17. Il ne semble pas inutile de reproduire ce considérant : « En ce qui concerne la procédure même de réalisation du fonds de commerce, à défaut de paiement à l'échéance, le créancier-gagiste sur fonds de commerce ne pourra alors procéder à la vente « sur les saisies opérées » qu'après avoir saisi par requête le président du tribunal de commerce aux fins de faire constater la validité de la saisie (article 11.IV de la loi du 25 octobre 1919) et d'obtenir l'autorisation de vendre, conformément aux articles 4 à 10 de la loi du 5 mai 1872, formant le titre VI du Code de commerce (article 12 de la loi du 25 octobre 1919). Il ne pourra être statué sur cette requête que deux jours francs après sa signification au débiteur et au tiers constituant, s'il y en a un, avec invitation de faire parvenir au président

par le président du tribunal de commerce, ainsi qu'une information répétée du débiteur-gagiste sur fonds de commerce. Pour le surplus, la circonstance que le débiteur-gagiste sur fonds de commerce ne se voie pas signifier un commandement préalable à la réalisation des biens constituant le gage, n'est pas de nature à porter atteinte à ses droits, dès lors qu'il est averti non seulement de la saisie des biens mis en gage, mais aussi de la requête adressée au président du tribunal de commerce, ainsi que de l'ordonnance éventuelle autorisant la vente des biens saisis ».

Cet arrêt, singulièrement peu publié et commenté à notre connaissance¹⁸, nous paraissait devoir être évoqué, en ce qu'il met en exergue le nécessaire contrôle judiciaire d'une réalisation forcée, *a fortiori* lorsque cette dernière ne se fonde exceptionnellement pas sur un titre exécutoire. Cette manifestation, précoce dans notre droit positif, de l'inversion du contentieux reçoit le *nihil obstat* de la Cour constitutionnelle en raison du fait qu'elle « garantit...un contrôle de la régularité de la procédure par le président du tribunal de commerce, ainsi qu'une information répétée du débiteur-gagiste sur fonds de commerce ».

Dans ce contexte, on peut s'interroger si le contrôle exclusivement *a posteriori* auquel la loi relative aux sûretés financières confie le pouvoir judiciaire, franchirait aussi aisément le contrôle de constitutionnalité. Le doute est d'autant plus permis que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme impose un certain encadrement à l'inversion du contentieux¹⁹. En d'autres termes, certaines hypothèses pourraient poser problème ; on pense par exemple à une dénonciation abusive du crédit ou à l'obscurité des décomptes des accessoires et pénalités²⁰. On comprend aisément qu'un recours ultérieur ne soit pas d'une grande effectivité à une entreprise en grandes difficultés financières ou purement et simplement en faillite depuis lors.

leurs observations (article 4 de la loi du 5 mai 1872). L'ordonnance ainsi obtenue ne sera exécutoire qu'après avoir été signifiée au débiteur, et au tiers constituant, s'il y en a un, avec indication des jour, lieu et heure de la vente publique, et ne deviendra définitive et en dernier ressort qu'en l'absence d'opposition avec assignation devant le tribunal de commerce du débiteur ou du tiers bailleur de gage, dans les trois jours de la signification (article 5 de la loi du 5 mai 1872) ».

18. Voy. cependant Fr. DELPEREE, TH. BOMBOIS, Fr. MOLINE, B. RENAULT et L. VANSNICK, « La Cour d'arbitrage. Chronique de jurisprudence – 2006 », *R.B.D.C.* 2007, pp. 109 et s., sp. pp. 153 et 154, où les auteurs écrivent que « après avoir examiné les garanties entourant la procédure de réalisation du gage, la Cour conclut qu'il n'est pas discriminatoire que le débiteur-gagiste sur fonds de commerce ne se voie pas signifier un commandement préalable à la réalisation des biens constituant le gage ».

19. Voy. Cour. eur. D.H., arrêt *Janosevic c. Suède*, 23 juillet 2002, req. N° 34619/97, commenté par S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme – Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 2002-2004*, vol. 1, Dossiers du Journal des Tribunaux, vol. 57, Larcier, 2006, sp. p. 126, n° 202 ; l'auteur insiste sur la nécessité, qui se déduit de l'arrêt, qu'un contrôle juridictionnel puisse être initié et obtenu dans des délais relativement brefs, « aux fins que les effets préjudiciables produits par la sanction administrative puissent être « neutralisés » au plus vite – en cas d'illégalité de ladite sanction – et ne créent pas de situation irrémédiable ».

20. En ce sens, voy. ég. les points de vue de MM. JAKHIAN et ALTER, évoqués par V. DE FRANQUEN, « Les modes nouveaux de financement des entreprises – Apport de la loi sur les sûretés financières : tour d'horizon après quatre années d'application », in *Actualités de droit bancaire*, Bruylant, UB3, 2009, pp. 105 et s., sp. p. 108, n° 5.

7. Le tribunal de commerce de Nivelles a eu à connaître de la contestation, opposant un curateur et un établissement de crédit, portant sur la question si une créance de remboursement d'impôt fait partie de l'assiette du gage sur fonds de commerce²¹. Le tribunal a inclus cet actif dans l'assiette de la sûreté bancaire et motive ainsi sa décision : « Attendu qu'en l'espèce, l'acte de gage stipule que le gage comprend « le mobilier professionnel, le matériel et outillage, y compris toutes les valeurs mobilières, les encaisses et avoirs en banque, les créances et tous autres droits sans exception, dont les crédits usent pour l'exploitation de leur commerce... » ; attendu que la défenderesse oppose à la demande que le remboursement d'impôt intervenu serait une créance que, par distinction d'une créance commerciale, la défenderesse qualifie de créance fiscale et que cette créance puisque fiscale ne ferait pas partie du fonds de commerce ; que la thèse de la défenderesse n'est pas compatible avec le principe de spécialité d'une société commerciale ; que l'objectif d'une société anonyme est la réalisation du profit (application de l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code des sociétés) ; qu'en règle générale, toutes les créances généralement quelconques qui sont la conséquence des opérations réalisées par une société anonyme font partie de son fonds de commerce, puisque l'objet de la société est la réalisation du profit et l'ensemble de ses actifs est affecté à la réalisation de cet objet (J. CATTARUZZA, *Le gage sur fonds de commerce*, Kluwer, 1997, p. 15, n° 11) ; que la distinction proposée par la défenderesse entre les créances dites fiscales et autres créances d'une société anonyme, ne résiste pas à l'analyse ».

8. Une décision du 17 février 2010 du Président du tribunal de commerce de Namur, siégeant en référé, a été amenée à envisager l'application au gage sur fonds de commerce de l'article 32 de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises²². Aux termes de cette disposition, le sursis n'affecte pas le sort des créances spécifiquement gagées au profit de tiers. Les autres créanciers jouissant d'une sûreté réelle sur un bien meuble ou immeuble sont au contraire paralysés dans les actes d'exécution qu'ils entendraient poser sur l'assiette de leur garantie.

Si la doctrine estime généralement, travaux préparatoires de la loi du 31 janvier 2009 à l'appui²³, que la disposition précitée ne s'applique pas comme telle au gage sur fonds de commerce, l'espèce dont avait à connaître la juridiction présidentielle révélait cependant que l'établissement de crédit avait préalablement saisi le fonds de commerce en détaillant dans l'exploit la teneur de certaines créances et avait notifié à certains tiers débiteurs l'existence du gage²⁴.

21. Comm. Nivelles (5^e ch.), 22 décembre 2007, *J.T.*, 2008, p. 628.

22. Comm. Namur (réf.), 17 février 2010, *R.D.C.*, 2010/6, p. 546.

23. I. VEROUGSTRAETE *et alii*, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, éd. 2010-2011, Kluwer, sp. p. 162.

24. La lecture d'une décision de cette teneur rappelle que la procédure de réalisation du gage sur fonds de commerce est essentiellement prétorienne.

Dans un tel contexte, le tribunal estima que « le sursis affecte les droits du gagiste sur le fonds de commerce à moins qu'une saisie ait été pratiquée et que des créances aient été spécifiquement gagées, c'est-à-dire « particulièrement gagées, identifiées comme faisant partie du gage ». Dans le cas d'espèce, il faut bien constater que la notification du gage et la saisie du fonds de commerce incluant la saisie spécifique de certaines créances sont antérieures au jugement accordant le sursis. Le procès-verbal de saisie du fonds de commerce mis en gage détaille les éléments saisis, en ce compris la liste de créances, les factures visées par la saisie étant expressément annexées au procès-verbal de saisie. Il résulte d'un examen sommaire que ces créances ont été spécifiquement gagées et qu'elles doivent bénéficier de l'exemption prévue à l'article 32 de la loi. Il n'existe pas de façon manifeste d'abus de droit dans le chef de la banque justifiant qu'elle soit déchue des droits qu'elle tire en application de l'article 32 de la loi ».

1.2 La loi sur les sûretés financières et ses modifications

9. La loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières (ci-après L.S.F.), n'appelle ni commentaire exhaustif, ni chronique de jurisprudence. Ses dispositions ont été maintes fois commentées²⁵ ; par ailleurs, Madame de Francquen a récemment analysé les quelques décisions qui ont été amenées à les appliquer²⁶. À notre connaissance, aucune décision marquante n'a été publiée depuis cette étude.

La matière a néanmoins connu une modification substantielle. Une loi du 26 septembre 2011, publiée au *Moniteur belge* du 10 novembre 2011, a en effet transposé en droit belge la directive 2009/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009 « modifiant la directive 98/26/CE concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres et la directive 2002/47/CE concernant les contrats de garantie financière, en ce qui concerne les systèmes liés et les créances privées »²⁷.

25. Outre les références plus anciennes citées dans notre thèse *La saisie de la monnaie scripturale*, Larcier, 2006, pp. 167 à 183, voy. C. ALTER, « La loi relative aux sûretés financières », in *Traité pratique de droit commercial*, 2007, t. 5, pp. 595 à 657 ; M. GREGOIRE (coord.), *Le nouveau droit des garanties sur instruments financiers*, Bruylant, UB3, 2006 ; Th. HURNER, « Aspects controversés des sûretés et privilèges financiers », *Dr. banc. fin.*, 2008, pp. 28 et s. ; I. PEETERS et K. CHRISTIAENS, « De Wet Financiële Zekerheden. Een stap te ver of de aanloop naar een totaal vernieuwd zekerhedenrecht ? », *R.D.C.*, 2006, pp. 170 et s.

26. V. DE FRANQUEN, « Les modes nouveaux de financement des entreprises – Apport de la loi sur les sûretés financières : tour d'horizon après quatre années d'application », in *Actualités de droit bancaire*, Bruylant, UB3, 2009, pp. 105 et s.

27. Sur cette directive et les réflexions qui l'ont précédée, voy. V. DE FRANQUEN, « Les modes nouveaux de financement des entreprises – Apport de la loi sur les sûretés financières : tour d'horizon après quatre années d'application », *op. cit.*, sp. pp. 151 à 163 ; M. GREGOIRE, « L'intégration des marchés financiers : la garantie d'un équilibre ou déséquilibre des garanties », *J.T.L.*, 2010, pp. 2 et s.

Ainsi que son intitulé le laisse entendre aux initiés, les dispositions législatives belges concernées par cette transposition sont d'une part la loi du 28 avril 1999 dite « loi finalité » et d'autre part la L.S.F.²⁸. Eu égard à l'objet de la présente contribution, les modifications à la « loi finalité » du 28 avril 1999 ne seront pas abordées.

L'exposé des motifs, de la plume du ministre des finances de l'époque, énonce qu'il s'agit d'« intégrer les changements survenus sur le marché depuis l'époque de (la) mise en œuvre (des directives « Finalité » et « Collateral ») » et insiste sur le fait que « la directive a pour but de renforcer les outils permettant de gérer l'instabilité et les turbulences sur les marchés financiers »²⁹. Ces propos, repris comme tels de la proposition à l'origine de la Directive 2009/44, laisseront songeur, perplexe, amusé ou agacé le lecteur en fonction de son tempérament. Ainsi que l'écrivait récemment et très justement notre collègue Michèle Grégoire, en effet, « l'essentiel...n'est sans doute pas la tuyauterie, mais ce qu'elle véhicule »³⁰. Et l'auteur de se demander « si l'attention ne doit pas être portée sur la meilleure manière d'assurer la consistance, la solidité et la qualité des actifs incorporels destinés à circuler sur les marchés financiers, davantage que sur la fluidité, la rapidité et l'importance quantitative de cette circulation »³¹.

10. Nous examinerons, dans les lignes qui suivent, les différentes modifications apportées à la L.S.F. Il sera successivement question de l'extension de son champ d'application (I.2.1.), des conditions de constitution du nantissement d'espèces (I.2.2.), de la prise en considération (assez symbolique) des objectifs de la loi relative à la continuité des entreprises (I.2.3.) et de l'intégration dans les textes de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle (I.2.4.).

I.2.1 Extension du champ d'application matériel de la loi relative aux sûretés financières

11. La loi du 26 septembre 2011 a étendu le champ d'application matériel de la L.S.F. à deux égards.

En premier lieu, l'article 3, 1°, de la loi du 15 décembre 2004 définit désormais l'instrument financier comme « les catégories d'instruments visées à l'article 2, 1°, de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et

28. La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises est également modifiée en deux de ses dispositions, les articles 34 et 49.

29. *Doc. Parl.*, Ch. Repr., n° 53-1714/001, p. 4.

30. M. GREGOIRE, « L'argent du leurre », in *Actualités de droit bancaire*, Bruylant, UB3, 2009, pp. 1 et s., sp. p. 4 ; l'auteur ajoute que « si, depuis dix ans, les marchés financiers ne transportent que du vent, comment s'étonner, avec le recul, qu'ils récoltent la tempête ? ».

31. M. GREGOIRE, « L'intégration des marchés financiers : la garantie d'un équilibre ou déséquilibre des garanties », *op. cit.*, p. 3, n° 5.

Les sûretés réelles mobilières

aux services financiers, qu'ils soient ou non négociables sur le marché des capitaux, un droit sur ou relatif à un tel instrument financier, en ce compris un droit de copropriété, de nature incorporelle, conféré sur l'universalité d'instruments financiers de même espèce au sens de l'article 2, alinéa 3, de l'arrêté royal n° 62 coordonné relatif au dépôt d'instruments financiers fongibles et à la liquidation d'opérations sur ces instruments ou de l'article 468, alinéa 5, du Code des sociétés ou de l'article 3, alinéa 1^{er}, de la loi du 2 janvier 1991 relative au marché des titres de la dette publique et aux instruments de la politique monétaire, ou encore une créance relative à un tel instrument financier ».

La modification, qui consiste en l'ajout de l'incise « qu'ils soient ou non négociables sur le marché des capitaux », s'explique pour la raison suivante. Une controverse était née suite à une opinion doctrinale, citée dans les travaux préparatoires, selon laquelle les parts sociales de sociétés privées à responsabilité limitée et de sociétés coopératives tombaient dans le champ d'application de la L.S.F. Madame de Francquen avait rétorqué que cette opinion, déjà contestable avant la modification de l'article 2, 1°, de la loi du 2 août 2002 lors de la transposition de la directive « MiFID », n'était plus tenable depuis lors³².

La position de Madame de Francquen est contredite par le nouveau libellé de l'article 3, 1° de la L.S.F.³³. La (très) faible liquidité de tels actifs, peu aisément cessibles, suscite cependant en nous la question de l'articulation des mécanismes de voie parée prévus par cette loi lorsqu'ils ont de tels avoirs pour objet³⁴. Leur réalisation forcée étant délicate, s'agira-t-il d'une appropriation qui ne pourrait pâtir des limitations statutaires à l'entrée dans le capital des sociétés

32. V. DE FRANQUEN, « Les modes nouveaux de financement des entreprises – Apport de la loi sur les sûretés financières : tour d'horizon après quatre années d'application », *op. cit.*, sp. pp. 149 à 151, nos 38 à 40, l'auteur concluait ainsi son analyse : « Il nous paraît par conséquent peu convaincant de soutenir que la L.S.F. trouve à s'appliquer à l'engagement de parts de s.p.r.l. ou de sociétés coopératives, si bien que, selon nous, ce type de gage se trouve nécessairement soumis à la loi du 5 mai 1872 relative au gage commercial ».

33. L'exposé des motifs est particulièrement clair : « En vue de mettre un terme définitif à la controverse relative à la question de savoir si certains instruments financiers sont ou non négociables, notamment si un titre doit être négociable, par nature ou potentiellement, pour satisfaire à cette exigence de négociabilité (voyez, concernant les parts de sociétés privées à responsabilité limitée et les parts de sociétés coopératives, BODDAERT C., « De wet op de financiële zekerheden van 15 december 2004 » in *Artikelsgewijze commentaar voorrechten en hypotheeken*, p. 8), l'article 13 en projet redéfinit le champ d'application *ratione materiae* de la loi relative aux sûretés financières en y incluant expressément toutes les catégories d'instruments, qu'ils soient ou non négociables sur le marché des capitaux » (*Doc. Parl.*, Ch. Repr., n° 53-1714/001, p. 10).

34. Voy. M. GREGOIRE, « L'intégration des marchés financiers : la garantie d'un équilibre ou déséquilibre des garanties », *op. cit.*, p. 5, n° 23 qui écrivait en 2010 que « les instruments financiers sont, en substance, des droits susceptibles d'être incorporés dans un titre ou recevant une forme propice à la circulation, quelle que soit cette forme, au porteur, nominative ou dématérialisée, qu'ils soient entrés ou non en régime de fongibilité » (c'est nous qui soulignons).

dont les parts avaient été engagées ou cédées à titre de garantie ? Nous ne le pensons pas.

12. Sans être marginale, l'intégration des instruments financiers non négociables sur le marché des capitaux est cependant secondaire par rapport à l'extension du champ d'application matériel de la L.S.F. aux créances bancaires. Qualifiées de « créances privées » par la directive 2009/44/CE, ces dernières sont définies par l'article 3, 10°, nouveau de la L.S.F., comme « les créances pécuniaires découlant d'un accord au titre duquel un établissement de crédit tel que défini par la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit ou une entité visée à l'article 2, § 1^{er}, 1°, de la même loi, une entreprise de crédit hypothécaire au sens de la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire, une personne ou une entreprise qui consent des crédits visés à l'article 1^{er}, 4°, de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation (ou) toute autre personne morale étrangère qui appartient, dans son pays d'origine, à l'une des catégories visées ci-dessus, consent un prêt ou un crédit ».

L'extension du champ d'application à ces créances bancaires a été justifiée de façon générale par « le souci de faciliter leur mobilisation à titre de garantie »³⁵. Dans le droit fil du choix opéré en 2004, le législateur belge s'est gardé de faire usage de la faculté, laissée par la directive, d'exclure les créances bancaires ayant pour débiteur des consommateurs ou des micro ou petites entreprises au sens de l'annexe de la recommandation 2003/361/CE de la Commission du 6 mai 2003.

L'intégration de ces créances bancaires dans le champ d'application de la L.S.F. a naturellement nécessité de substantielles modifications à cette dernière.

En premier lieu, l'article 4 de la loi a été complété afin de régir également l'engagement ou le transfert à titre de garantie des créances bancaires. Un nouvel alinéa 4 dispose qu'il suffit que la créance bancaire soit suffisamment déterminée ou déterminable en vertu de la convention constitutive de sûreté réelle. « De la sorte », précisent les travaux préparatoires, « la mise en gage ou la cession de créances bancaires futures est parfaitement possible »³⁶. Concernant les créances bancaires, l'exposé des motifs ajoute : « pour le surplus, la constitution et l'opposabilité du gage ou de la cession sur créances bancaires...restent soumises au droit commun du gage ou de la cession sur créances (articles 1690 et 2075 du Code civil ; article 2 du Livre I^{er}, Titre VI du Code de commerce) »³⁷.

Ensuite, l'article 4/1, nouveau, de la loi du 15 décembre 2004 dispense, en son premier paragraphe, des formalités publicitaires imposées, en principe, à

35. Rapport fait au nom de la Commission des Finances et du Budget par M. G. RUTTEN, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., n° 1714/003, p. 4.

36. *Doc. Parl.*, Ch. Repr., n° 1714/001, p. 11.

37. *Ibidem* ; l'extrait vise également les espèces, soit la monnaie scripturale, ainsi qu'on y reviendra *infra*, n° 13.

l'opposabilité de la cession ou à la mise en gage d'une créance garantie par une hypothèque ou par un privilège immobilier ; les articles 5 et 92, alinéa 3, de la loi hypothécaire sont ainsi écartés. Le texte ajoute que « le débiteur gagiste de la créance ou le cédant est tenu de fournir, à la demande de tiers, les informations nécessaires quant à l'identité du détenteur du gage ou du cessionnaire ».

Plus intéressant, mais étonnamment peu commenté dans les travaux préparatoires³⁸, l'article 4/1, § 2, nouveau, est ainsi libellé : « Sous réserve de l'article 27 de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation et de l'article 74 de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, les débiteurs d'une créance bancaire faisant l'objet d'une mise en gage ou d'une cession peuvent valablement renoncer, par écrit ou par tout moyen juridiquement équivalent, à :

- leurs droits de compensation à l'égard des titulaires de créances bancaires et à l'égard des personnes en faveur desquelles ce titulaire a effectué un nantissement, une cession ou toute autre mobilisation de la créance bancaire donnée en garantie ;
- leurs droits découlant d'éventuelles règles en matière de secret bancaire qui, à défaut, auraient pour effet d'empêcher ou de restreindre la capacité du titulaire de la créance bancaire à fournir des informations sur la créance bancaire ou sur le débiteur aux fins d'utiliser la créance bancaire en garantie ».

Ainsi que le relève la doctrine, « afin de faciliter l'utilisation des créances privées en garantie, les États membres veillent à ce que les débiteurs puissent valablement renoncer à leurs droits de compensation ainsi qu'à leurs droits découlant des règles du secret bancaire... À défaut, la garantie pourrait en effet être réduite à une peau de chagrin. Si le débiteur de la créance privée est en mesure de procéder à la compensation, l'exercice de ce droit pourrait aboutir à ce que la garantie sur les créances privées disparaisse ou, à tout le moins, soit réduite, à concurrence du montant à compenser »³⁹. En d'autres termes, la compensation, hautement souhaitable lorsque les établissements de crédit peuvent en profiter, devient inopportune lorsqu'elle dessert leurs intérêts. On notera néanmoins qu'en cohérence avec l'article 2, alinéa 2, de la L.S.F., les lois assurant la protection des consommateurs et interdisant pareille renonciation l'emportent sur cette dernière⁴⁰.

38. « Le second paragraphe de l'article 16 en projet transpose l'article 2, 6), b) de la Directive, sous réserve des dispositions protectrices de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation et de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur » (n° 1714/001, p. 12), ce qui est naturellement parfaitement clair à première lecture...

39. V. DE FRANCOUEN, « Les modes nouveaux de financement des entreprises – Apport de la loi sur les sûretés financières : tour d'horizon après quatre années d'application », *op. cit.*, sp. p. 160.

40. L'article 27 de la loi du 12 juin 1991 dispose que « en cas de cession ou de subrogation pour la créance résultant du contrat de crédit, le consommateur conserve à l'égard du cessionnaire ou du

À une question d'une parlementaire demandant à partir de quand une personne peut renoncer à son droit de compensation, le ministre a répondu qu'une telle renonciation pouvait intervenir dès la conclusion du contrat ⁴¹.

L'article 7, § 2, de la loi du 15 décembre 2004 a été complété afin que le régime juridique des appels de marge et de substitutions de bien donnés en garantie s'applique également aux créances bancaires. Le texte précise que le droit du constituant d'en percevoir le produit ne porte pas atteinte à la garantie constituée au profit de son bénéficiaire.

L'article 9/1, décalque des articles 8 et 9 de la loi qui régissent respectivement la « réalisation » du gage sur instruments financiers et celui sur espèces, encadre désormais celle des créances bancaires ⁴².

Enfin, l'article 12 de la L.S.F., qui régit le transfert de propriété à titre de garantie, a été modifié afin d'englober les nouveaux actifs éligibles à son application.

créancier subrogé les moyens de défense, en ce compris le recours à la compensation, qu'il peut opposer au cédant ou au subrogeant. Toute clause contraire est réputée non écrite » ; selon l'article 74, 16° et 31°, de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, « *dans les contrats conclus entre une entreprise et un consommateur, sont en tout cas abusives, les clauses et conditions ou les combinaisons de clauses et conditions qui ont pour objet de : ...*

16° interdire au consommateur de compenser sa dette envers l'entreprise par une créance qu'il aurait sur elle ;

31° prévoir la possibilité de cession du contrat de la part de l'entreprise, lorsque cette session est susceptible d'engendrer une diminution des garanties pour le consommateur, sans l'accord de ce dernier ».

41. Rapport fait au nom de la Commission des Finances et du Budget par M. G. RUTTEN, *Doc. Parl., Ch. Repr.*, n° 1714/003, p. 14.

42. L'article 9/1 est ainsi libellé : « § 1^{er}. Sauf stipulation contraire des parties, en cas de défaut d'exécution, nonobstant une procédure d'insolvabilité, la saisie ou toute situation de concours entre créanciers du débiteur ou du tiers constituant du gage, le créancier gagiste est autorisé à réaliser, sans mise en demeure ni décision judiciaire préalable, les créances bancaires faisant l'objet du gage, dans les meilleurs délais possibles. Le produit de réalisation de ces créances bancaires est imputé, conformément à l'article 1254 du Code civil, sur la créance en principal, intérêts et frais, du créancier gagiste. Le solde éventuel revient au débiteur gagiste ou, selon le cas, au tiers constituant du gage.

§ 2. Sans préjudice du § 1^{er}, dans la mesure où les parties en sont convenues et que cet accord en précise les modalités, notamment en ce qui concerne l'évaluation des créances bancaires données en gage, le créancier gagiste est autorisé, en cas de défaut d'exécution, à s'approprier, sans mise en demeure ni décision judiciaire préalable, les créances bancaires données en gage nonobstant une procédure d'insolvabilité, la saisie ou toute situation de concours entre créanciers du débiteur ou du tiers constituant du gage. Le montant résultant de l'évaluation des créances bancaires données en gage est imputé, conformément à l'article 1254 du Code civil, sur la créance en principal, intérêts et frais du créancier gagiste. Le solde éventuel revient au débiteur gagiste ou, selon le cas, au tiers constituant du gage.

§ 3. Les §§ 1^{er} et 2 ne portent pas préjudice à la possibilité pour les cours et tribunaux de contrôler ultérieurement les conditions de la réalisation des créances bancaires données en gage ou l'évaluation de ces créances bancaires ou du montant de la créance garantie ».

1.2.2 Le nantissement des espèces sur un compte en banque

13. L'article 15 de la loi a substantiellement modifié l'article 4, § 1^{er}, de la L.S.F., d'une part en supprimant la référence faite, en son alinéa 2, aux sûretés sur espèces, c'est à dire la monnaie scripturale se trouvant sur un compte en banque, et d'autre part en y insérant un dernier alinéa qui dispose désormais : « Pour l'application de l'alinéa 1^{er}, 2^o et 3^o, il suffit que les espèces ou la créance bancaire soient suffisamment déterminées ou déterminables en vertu de la convention constitutive de sûreté réelle ».

Selon les travaux préparatoires, « Il est ... précisé que la créance bancaire faisant l'objet du gage ou de la cession à titre de garantie doit être suffisamment déterminée ou déterminable en vertu de la convention constitutive de sûreté réelle. De la sorte, la mise en gage ou la cession de créances bancaires futures est parfaitement possible. La même règle est prévue pour les espèces, au sens de l'article 3, 2^o de la L.S.F., afin d'éliminer toute controverse quant à la possibilité de constitution d'un gage sur compte vivant. Il en découle que ni le caractère occulte d'un tel gage, ni la possibilité laissée au titulaire du compte d'en faire varier le solde ne constituent un obstacle au bénéfice des dispositions de la L.S.F. (Voyez DE FRANCOUEN V. et WEINBERGER M.-D., « Les garanties financières sur créances de sommes » in *Le nouveau droit des garanties sur instruments financiers*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 134) »⁴³.

Nous avons défendu une opinion contraire avec notre collègue Christine Biquet-Mathieu⁴⁴. Nous estimions en effet que le contenu d'un compte à vue, laissé à disposition de son titulaire, ne pouvait être efficacement donné en gage, en raison de l'absence de « livraison effective, transfert, détention, enregistrement ou tout autre traitement ayant pour effet que le bénéficiaire de la garantie ou la personne agissant pour son compte acquiert la possession ou le contrôle des avoirs remis en garantie », imposée par l'article 4, § 1^{er}, alinéa 2, de la L.S.F.⁴⁵.

43. *Doc. Parl.*, Ch. Repr., n° 1714/001, p. 11.

44. Chr. BIQUET-MATHIEU et Fr. GEORGES, « Les espaces de liberté dans le domaine des sûretés et garanties de paiement », in *Les espaces de liberté en droit des affaires*, Bruylant, 2007, pp. 61 et., sp. pp. 88 à 90, n°s 24 et 25 ; contra C. BODDAERT, « Pand op een levende bankrekening », in *Liber Amicorum Achilles Cuypers*, Larcier, 2009, pp. 9 et s., sp. pp. 14 et 15, n° 9, et les références citées.

45. En sens contraire, un arrêt du 31 janvier 2007 de la cour d'appel de Bruxelles avait estimé que le simple échange des consentements à l'acte de nantissement valait dépossession, conformément à l'article 2075 du Code civil : « De contanten zijn in het bezit of onder controle gekomen van de geïn-timeerden. Art. 2075 B.W. schrijft immers voor dat de schuldeiser het bezit van een in pand gegeven schuldvordering verkrijgt door het sluiten van de pandovereenkomst. De pandovereenkomst dateert van 23 april 2008 en de debiteur van de verpande schuldvordering, de bank, heeft die akte overigens erkend als kennisgeving, zodat de inpandgeving haar ook tegenwerpbaar is » (Bruxelles (8^e ch.), 31 janvier 2007, *R.W.*, 2008-2009, p. 756).

Notre point de vue est contredit par la réforme⁴⁶, qui favorise ainsi l'empilage de garanties à l'assiette par ailleurs tentaculaire en faveur, *de facto*, des mêmes acteurs économiques. Nous aimerions par ailleurs comprendre pourquoi ce qui se justifie pour les instruments financiers n'est pas de mise en matière de monnaie scripturale. Pour le nantissement d'instruments financiers, « le compte spécial doit répondre à la nécessité légale de dépossession ou plutôt de mise sous le contrôle du créancier-gagiste ou d'un tiers convenu, des instruments financiers gagés. L'on sait que la dépossession a une double fonction : la protection du créancier-gagiste contre la disparition de l'objet du gage par le fait du débiteur-gagiste qui en aurait conservé la maîtrise et la protection des tiers par la publicité résultant de ce que le débiteur-gagiste n'a plus la mainmise sur l'objet gagé. Le compte spécial devra, par conséquent, fonctionner à la fois de manière à empêcher que le débiteur-gagiste ne puisse encore transférer les instruments financiers gagés et de sorte qu'aux yeux des tiers, il apparaisse suffisamment clairement que ces instruments sont mis en gage »⁴⁷. Signalons enfin que cette condition de dépossession des instruments financiers avait été montée en épingle, lors des travaux préparatoires de la L.S.F., pour réduire aux seules personnes physiques fortunées la possibilité d'application de celle-ci⁴⁸. On n'en est visiblement plus là.

1.2.3 Timide prise en compte des objectifs de la loi relative à la continuité des entreprises

14. Par le dépôt de différents amendements au projet gouvernemental, des députés de diverses tendances politiques ont souhaité atténuer la rigueur de la mise

46. Voy. ainsi la réponse du ministre des Finances à la question de Madame la Députée Veerle Wouters : « Il arrive en effet souvent dans la pratique que les banques demandent de tels gages. Il en va notamment ainsi pour toute personne qui ouvre un compte. Celle-ci doit constituer automatiquement au profit de sa banque un gage sur les créances ou tous les comptes qu'elle a, en apurement d'éventuelles dettes (contrat de crédit, découvert bancaire,...). Il s'agit là d'un gage sur compte vivant, car la personne concernée ne bloque pas une certaine somme au profit de la banque, mais confère à cette dernière la possibilité, si un défaut d'exécution survient, d'exercer son gage. Certains auteurs se sont demandés si un tel gage relevait de la loi sur les sûretés financières ou non. Afin d'éviter toute controverse, on précise qu'il suffit que la créance soit déterminée ou déterminable pour qu'elle puisse être comprise dans l'assiette du gage et qu'il ne faut donc pas nécessairement que le compte soit bloqué pour tomber dans le champ d'application de la loi sur les sûretés financières » (Rapport fait au nom de la Commission des Finances et du Budget par M. G. RUTTEN, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., n° 1714/003, pp. 7 à 12).

47. D. LECHEN, « Les mécanismes de sûretés réelles sur instruments financiers placés en compte », in *Le nouveau droit des garanties sur instruments financiers*, *op. cit.*, pp. 1 et s., sp. p. 24.

48. Ainsi que le relevait Monsieur Jakhian, seules les personnes physiques « fortunes » sont susceptibles d'entrer dans le champ d'application de la loi, « le gage ou le transfert à titre de garantie (devant) nécessairement entraîner une dépossession » (G. JAKHIAN, « Le gage et le transfert de propriété à titre de garantie portant sur des instruments financiers (valeurs mobilières) au porteur ou nominatifs : la loi du 15 décembre 2004 », *op. cit.*, p. 53).

Les sûretés réelles mobilières

en œuvre des sûretés financières lorsque le débiteur bénéficie de la loi relative à la continuité des entreprises⁴⁹. Conscients de la contradiction frontale existant entre les intérêts servis par la L.S.F. et ceux promus par la loi du 31 janvier 2009, ces parlementaires n'ont pas été convaincus par certains propos, assez lénifiants il faut bien le dire, d'une partie de la doctrine⁵⁰.

Le débat se pose dans les termes suivants : alors que la loi du 31 janvier 2009 exprime clairement, en son article 16, la priorité de la continuité de l'entreprise par rapport au paiement des créanciers (contrairement au défunt concordat qui entendait concilier les deux valeurs) elle ne se donne pas vraiment les moyens de ses ambitions en cas de réticence, sinon d'opposition, de certains créanciers. Les propos du professeur Tison sur les raisons de l'échec du concordat, à la suite d'une étude menée trois ans durant par l'Université de Gand, sont à cet égard lumineux⁵¹.

On n'en déduira pas pour autant que les créanciers peuvent tout faire, puisque des limites leur sont incontestablement imparties par les articles 30 et suivants de la loi du 31 janvier 2009. De façon plus précise, on relèvera que les établissements de crédit ont reçu un traitement de faveur. Un auteur souligne ainsi que « le législateur n'a pas souhaité porter atteinte aux règles spécifiques existant, notamment en faveur des établissements de crédit, pour assurer la rigueur des transactions financières... Les établissements de crédit échapperont le plus souvent, comme sous le régime précédent, à la charge imposée aux créanciers par la procédure de réorganisation judiciaire. Cela réduira souvent sensiblement les chances de succès d'une telle procédure »⁵².

49. Il s'agit de MM. Philippe GOFFIN et David CLARINVAL (MR), Madame Christiane VIENNE (PS), Monsieur Josy ARENS (CDH), M. Raf TERWINGEN (CD&V) et Madame Gwendolyn RUTTEN (Open Vld).

50. « Notons, pour conclure, que les différentes dispositions de la loi sur les sûretés financières en matière de gage sont défendables. En effet, s'il est sans conteste utile de donner aux entreprises en difficulté des moyens de se réorganiser, il eut été illogique – dans un système fonctionnant largement sur le crédit bancaire – de porter atteinte aux prérogatives du créancier gagiste en lui interdisant de recourir aux moyens mis à sa disposition par le Code de commerce et la loi relative aux sûretés financières durant le sursis. L'exercice de ses droits par le créancier gagiste pourra certes avoir de lourdes conséquences sur le débiteur et, dans certaines hypothèses, rendre impossible la réorganisation de son entreprise, mais ces dispositions participent à l'équilibre que le législateur a voulu instituer entre les intérêts du débiteur et ceux des tiers, notamment ceux de ses créanciers » (I. VEROUSTRAEET *et alii*, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, op. cit., sp. p. 164).

51. M. TISON, « De Wet Continuïteit Ondernemingen en kredietverlening », in *Liber Amicorum Achilles Cuypers*, Larcier, 2009, pp. 262 et 263 ; l'auteur évoque successivement la possibilité pour certains créanciers préférentiels de n'être pas liés par l'accord, l'impact de la loi sur les sûretés financières, i.e. le fait que les actifs nécessaires à un réel redémarrage disparaissent de l'entreprise, le fait que les entreprises en difficulté se financent moins par le recours au crédit que par l'absence de paiement des créanciers institutionnels et le fait que les créanciers qui jouissent d'une sûreté réelle ont bien plus intérêt à une perspective de liquidation que de réorganisation.

52. J.-M. GOLLIER, « Continuité des entreprises et sûretés financières », *Dr. banc. fin.*, 2010, pp. 10 et s.

De la sorte s'illustre dans toute son acuité la tension entre les objectifs et les techniques consacrés par la L.S.F. d'une part et la loi du 31 janvier 2009 d'autre part⁵³. Eu égard au prescrit de l'article 7 de cette dernière, nous déplore le traitement excessivement favorable réservé aux bénéficiaires de la loi relative aux sûretés financières, soit, pour faire bref, les établissements de crédit. Il est par ailleurs impossible, d'un point de vue juridique, de souscrire à l'opinion selon laquelle, pour justifier la prééminence de la L.S.F. sur la loi relative à la continuité des entreprises, « lorsqu'un doute existe pour l'interprétation d'une disposition légale qui doit respecter des règles provenant de directives européennes, il faut interpréter cette disposition légale dans un sens conforme au droit européen »⁵⁴. En effet, jamais la directive européenne n'imposait à la Belgique de légiférer comme elle l'a fait.

15. C'est dans ce contexte que certains députés fédéraux ont tenté d'infléchir la nocivité de la L.S.F. à l'égard des redressements d'entreprise. La justification de l'amendement n° 3, à l'origine des paragraphes 3 et 4, nouveaux, de l'article 4 de la L.S.F., est assez nette et mérite d'être reproduite : « L'amendement écarte les articles 9 (règle de réalisation simplifiée des gages sur espèces), 9/1 (règle de réalisation simplifiée des gages sur créances bancaires), 14 et 15 (clauses de close-out netting) de la L.S.F. en cas de demande ou d'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire au sens de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises (ci-après, la loi continuité) d'une personne qui n'est pas une personne morale publique ou financière ou d'une personne morale publique ou financière lorsque son cocontractant est une personne qui n'est pas une personne morale publique ou financière, à moins que le créancier puisse, pour l'exercice de ses droits (réalisation ou application du close-out netting), se prévaloir d'un défaut de paiement. Jusqu'à présent, le texte de la L.S.F. permet en effet à tout créancier titulaire d'une sûreté financière ou partie à une convention de netting de réaliser sa sûreté ou d'activer les clauses de close-out netting, même en cas d'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire (anciennement, la procédure de concordat judiciaire), laquelle s'adresse aux commerçants personnes physiques et morales. Ainsi, dans son état actuel, la L.S.F. fait primer l'intérêt des créanciers titulaires de sûretés financières ou parties à une convention de netting sur les objectifs sociétaux poursuivis par la procédure de restructuration et de sauvetage des entreprises que constitue la réorganisation judiciaire. Le législateur a confirmé ce choix à la faveur de la loi continuité, organique de la procédure de réorganisation judiciaire, puisque celle-ci réserve

53. Voy. M. TISON, « De Wet Continuïteit Ondernemingen en kredietverlening », *ibidem*.

54. J.-M. GOLLIER, « Continuité des entreprises et sûretés financières », *op. cit.*, p. 17 ; dans le même registre d'argumentation, l'auteur approuve « l'entrée de la logique financière dans le terrain du commerce ordinaire » comme étant un « choix conséquent dans une économie dont la croissance est portée par le crédit » (*ibidem*).

expressément l'application de la L.S.F., en sorte que les dispositions de la loi continuité ne sauraient y déroger »⁵⁵.

Louable, l'entreprise fut parsemée d'embûches, tant on devine à la lecture du texte que ce dernier est le fruit d'un compromis survenu à l'issue de négociations tendues. Disons plus nettement que le texte de l'article 4, en ses paragraphes 3 et 4, est presque incompréhensible sans l'aide de la justification de l'amendement⁵⁶.

Il ressort de ces dispositions que si, « concrètement, en cas de demande ou d'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire d'une personne qui n'est pas une personne morale publique ou financière, leurs contreparties ne pourront plus, du simple fait de cette demande ou de cet octroi, mettre fin aux contrats conclus avec leur débiteur en réorganisation et réaliser leurs sûretés financières ou procéder à la compensation »⁵⁷, l'existence d'un arriéré de paiement à l'égard du titulaire de la sûreté continuera néanmoins à justifier la réalisation du gage sur espèces ou sur créances bancaires et la mise en œuvre du netting, sur lequel on reviendra par la suite⁵⁸.

Citons à nouveau les travaux préparatoires : « On veut ... éviter qu'un créancier puisse se prévaloir d'une clause résolutoire expresse liant le défaut d'exécution à la demande ou à l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire. En revanche, en cas de défaut de paiement, le créancier pourra parfaitement réaliser sa sûreté ou déclencher la clause de close-out. Par défaut de paiement, on entend le non-paiement au moment où l'obligation de paiement est devenue exigible. Le défaut de paiement peut soit être survenu avant la demande de la procédure, soit se produire après cette demande. Sans préjudice de l'application de l'abus de droit, ce défaut de paiement doit naturellement se rapporter (en ce qui concerne sa réalisation) à au moins une des obligations garanties par la sûreté réelle ou (en ce qui concerne la clause de close-out netting) à au moins une des obligations qui tombent dans le champ d'application de la convention de *close-out netting* »⁵⁹.

Il suffira dès lors de l'existence d'un arriéré à l'égard du créancier titulaire de la sûreté financière pour légitimer l'exécution de cette dernière nonobstant

55. *Doc. Parl.*, Ch. Repr., n° 1714/002, p. 5 ; les auteurs concluent, référence à la doctrine à l'appui, et non sans avoir rappelé que la directive 2002/47 dite *collateral* n'imposait aucunement le champ d'application *ratione materiae* extrêmement large de la loi du 15 décembre 2004, qu'« il convient donc de trouver un équilibre entre la protection des garanties obtenues par les établissements financiers, d'une part, et les efforts visant à sauvegarder l'activité économique des entreprises non financières lorsque celle-ci rencontrent des difficultés passagères, d'autre part » (*ibidem*, p. 7).

56. *Doc. Parl.*, Ch. Repr., n° 1714/002, pp. 4 à 11.

57. *Doc. Parl.*, Ch. Repr., n° 1714/002, p. 9.

58. Voy. *infra*, nos 21 à 24.

59. *Doc. Parl.*, Ch. Repr., n° 1714/002, p. 9.

l'ouverture de la procédure de redressement. Autant écrire que la paralysie de ce créancier ne sera pas monnaie courante, si l'on ose écrire...

On insistera sur le fait que la mise en œuvre des sûretés sur instruments financiers n'est pas visée par cette modification ; cela ressort à deux reprises de la lecture de l'article 4, § 3, nouveau ⁶⁰. Enfin, relevons qu'afin de permettre la traduction de la volonté du législateur, l'article 3 a été complété de deux nouvelles définitions, celles de « personne morale publique ou financière » et d'« établissement financier ».

1.2.4 Prise en considération minimaliste de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle

16. Très concerné par son obligation de transposition de la directive 2009/44/CE, le gouvernement semblait nettement moins pressé de conformer le texte de la L.S.F. à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Le projet de loi n'y consacrait pas une ligne ⁶¹, alors qu'un auteur peu suspect de sympathie pour l'arrêt du 27 novembre 2008 de la Cour constitutionnelle écrivait que « cette décision devra évidemment être prise en considération dans le cadre de la nouvelle réforme en cours du régime des garanties financières » ⁶². Si finalement le processus législatif a intégré les modifications imposées par la jurisprudence de la Place royale, il le doit aux amendements déposés par des parlementaires.

Les articles 14 et 15 de la loi ont ainsi été modifiés pour en exclure les personnes physiques non-commerçantes. L'exclusion ne vise que le netting, alors qu'il aurait fallu, à nos yeux, ne pas se borner à respecter au pied de la lettre l'arrêt de la Cour constitutionnelle, ce qui a sans nul doute été fait – bon gré mal gré – par le législateur, mais exclure complètement les personnes physiques non-commerçantes du champ d'application de la L.S.F. Le commentaire de

60. « La nouvelle disposition ne s'applique pas aux sûretés constituées sur instruments financiers et ce, afin de préserver l'attractivité de la place financière belge. Il échet en outre de souligner que les dispositions de la L.S.F. relatives aux sûretés sur instruments financiers s'articulent à d'autres dispositions légales existantes (dispositions relevantes du Code des sociétés, loi du 2 janvier 1991 relative au marché des titres de la dette publique et aux instruments de la politique monétaire etc.) dont la plupart prévoyait déjà, avant l'entrée en vigueur de la L.S.F., des règles de réalisation simplifiée » (*Doc. Parl.*, Ch. Repr., n° 1714/002, p. 10).

61. Le Conseil d'État a relevé qu'il résultait des avis de l'Inspecteur des Finances et de la Banque centrale européenne que l'avant-projet comportait à l'origine deux autres volets que la transposition de la directive, soit d'une part la modification des règles de réalisation des sûretés financières et d'opposabilité des conventions de netting en cas de demande ou d'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire et d'autre part la modification des articles 14 et 15 de la L.S.F. pour tenir compte de l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 167/2008 du 27 novembre 2008 ; le délégué du ministre confirma que l'avant-projet soumis pour avis ne portait que sur le premier de ces trois volets (*Doc. Parl.*, Ch. Repr., n° 53-1714/001, p. 26).

62. M. GREGOIRE, obs. sous. C. cons., 27 novembre 2008, *J.T.*, 2009, p. 46.

l'article 14, § 2, alinéa 3, nouveau, confirme cet état du droit : « Excepté pour le transfert de propriété à titre de garantie, la loi admet que les personnes physiques qui ne sont pas commerçantes concluent des conventions constitutives de sûreté réelle dont les caractéristiques principales sont alors réglées par la loi. Le droit d'imputation nécessaire à la bonne liquidation de la réalisation de ces sûretés doit donc également demeurer protégé »⁶³. Incidemment, relevons que tant le texte de l'article 14, § 2, de la L.S.F. que son commentaire révèlent une confusion entre l'imputation du produit de réalisation d'une sûreté d'une part et le mécanisme de la compensation d'autre part. Lapin et carpe sont baptisés indistinctement, afin de leur assurer une destination finale à la même assiette...

Nous ne nous étendrons pas plus ici sur le netting, car ce mécanisme est commenté ci-après, dans la partie relative aux mécanismes préférentiels.

1.2.5 Qu'en penser ?

17. Nous avons écrit ailleurs ce que nous pensons de la L.S.F.⁶⁴. Nous n'y revenons pas. Qui récuserait les objectifs, continuellement ressassés, de mise à disposition optimale des moyens de financement par un taux de crédit réduit, et d'harmonisation des règles au sein de l'espace européen⁶⁵ ? Est-il besoin de relever, cependant, que les directives « finalité » et « collateral » sont apparues bien dérisoires face à la crise de 2008 ? Aux établissements de crédit, la patrie semble néanmoins très reconnaissante, puisqu'il s'en faut de peu, pour reprendre les termes de Madame Grégoire⁶⁶, que les bénéficiaires des sûretés financières pénètrent le patrimoine du débiteur « comme s'ils étaient chez eux, se (servent) dans les armoires (et que)...leurs pas...progressent (ailleurs) que sur les chemins de la procédure »⁶⁷. Sur ce dernier aspect, nous ne sommes pas certains de ce que le contrôle *a posteriori* du pouvoir judiciaire sur les conditions de réalisation des sûretés financières, prévu par les articles 8, 9, 9/1 et 11 de la L.S.F., soit suffisant pour justifier l'inversion du contentieux au regard du droit à l'accès au juge, ainsi que nous nous en sommes expliqué ci-avant⁶⁸.

63. *Doc. Parl.*, Ch. Repr., n° 1714/002, p. 14.

64. Fr. GEORGES, *La saisie de la monnaie scripturale*, Larcier, 2006, pp. 167 et s., n°s 97 et s. ; voy. ég. Fr. T'KINT et W. DERIJCKE, « La directive 2002/47/CE concernant les contrats de garantie financière au regard des principes généraux du droit des sûretés », *Euredia*, 2003, pp. 41 et s. et C. POULLET, « Les garanties financières : une efficacité renforcée au détriment des autres créanciers ? », *R.P.S.*, 2006, p. 245.

65. Les postulats qui fondent l'action européenne en ce domaine sont rappelés par M. GREGOIRE, « L'intégration des marchés financiers : la garantie d'un équilibre ou déséquilibre des garanties », *op. cit.*, p. 2.

66. L'auteur nous pardonnera de nous approprier ses propos, tant ceux-ci sont, comme toujours, merveilleusement rédigés, pour soutenir une position qui n'est pas la sienne.

67. M. GREGOIRE, « L'unicité du patrimoine (se) déchire », in *Réalités et fictions du droit des garanties – Hommage à la rigueur créative d'Anne-Marie Stranart*, Larcier, 2011, pp. 483 et s., sp. p. 483.

68. Voy. *supra*, n° 6.

SECTION 2

Les mécanismes préférentiels

II.1 La compensation

18. Jusqu'au début de l'année 2005 ⁶⁹, la compensation nonobstant (et après) survenance d'une hypothèse de concours n'était admise qu'à titre d'exception, en présence de créances réciproques unies entre elles par un lien de connexité. La L.S.F., essentiellement par son article 14, bouleversa cet état du droit en permettant l'efficacité malgré concours (et toute autre forme de procédure, de liquidation ou de redressement) d'une compensation conventionnelle (II.1.2). Le fisc reçut lui aussi la possibilité de se prévaloir de la compensation légale sans connexité dans un contexte identique, par la promulgation de l'article 334 d'une loi-programme du 27 décembre 2004 (II.1.3). La compensation de droit commun reste néanmoins d'actualité (II.1.1). Nous terminerons cet aperçu par de brèves considérations de politique législative (II.1.4).

II.1.1 Compensation nonobstant concours « de droit commun »

19. Un arrêt du 4 février 2011 illustre les principes classiques ⁷⁰. Dans cette affaire, une S.A. United Real Estate avait conclu un contrat d'entreprise avec une S.A. West-Konstruk. Cette dernière envoya deux factures à la première pour un montant de 282.400 euros. La S.A. West Konstruk fut déclarée en faillite le 4 août 2008. Le 6 du même mois, les curateurs réclamèrent le paiement de la dette sus-évoquée pour les travaux partiellement exécutés. Ultérieurement, les curateurs informèrent la S.A. United Real Estate du fait que la convention serait résiliée, conformément à l'article 46 de la loi sur les faillites du 8 août 1997. United Real Estate réclama une indemnisation du chef de non-respect de la convention, qui fut fixée par la cour d'appel de Gand à 71.127,57 euros, et invoqua la compensation de cette somme avec la dette résultant de sa facture à concurrence des travaux partiellement exécutés. La cour d'appel de Gand rejeta la demande de compensation en fondant ce rejet sur le fait que les deux créances n'étaient pas antérieures à la naissance du concours, la demande d'indemnisation de la demanderesse n'étant née qu'au moment où les curateurs décidèrent de résilier la convention.

La Cour de cassation cassa l'arrêt de la cour d'appel de Gand, ce qui ne surprend guère au regard de l'enseignement classique : « 1. La faillite entraîne la constitution d'une masse et le concours entre les créanciers du failli de sorte que

69. Sous réserve des dispositions de l'époque applicables aux relations inter-bancaires.

70. Cass., 4 février 2011, *Pas.*, 2011, p. 438, *R.W.*, 2011-2012, p. 488 avec note R. HOUBEN, *R.D.C.*, 2011, p. 877.

Les mécanismes préférentiels

le principe d'égalité est applicable entre ces créanciers, qui sont les créanciers dans la masse. 2. L'article 1298 du Code civil dispose que, d'une manière générale, il n'y a pas de compensation au préjudice des droits acquis des tiers. 3. Il résulte de ces règles, qui constituent une application du principe de l'égalité entre les créanciers après concours et du principe de fixation, que la compensation de dettes après faillite est, en principe, exclue. La reconnaissance de la compensation dans les cas où il existe une connexité étroite entre les créances ne porte pas atteinte à la règle de l'égalité entre les créanciers en cas de faillite. La compensation est ainsi possible dans ces circonstances même si les conditions de la compensation n'ont été remplies que postérieurement à la faillite. La compensation reste toutefois, en principe, exclue entre les dettes et les créances nées avant la faillite et les créances et les dettes nées après la faillite, fussent-elles connexes. 4. Dans les contrats synallagmatiques, l'exception d'inexécution, le droit de résolution en cas de manquement en vertu de l'article 1184 du Code civil et la demande d'indemnisation fondée, sur celui-ci sont inhérents aux rapports juridiques et ils sont réputés exister dès l'origine quel que soit le moment où une des parties contractantes les invoque ».

La cassation ne surprend donc pas dans cette affaire. L'arrêt retient cependant l'attention en ce qu'il énonce que « la compensation reste toutefois, en principe, exclue entre les dettes et les créances nées avant la faillite et les créances et les dettes nées après la faillite, fussent-elles connexes ». Cette conception, mise en exergue par la doctrine néerlandophone⁷¹, avait déjà été exprimée comme telle dans l'arrêt du 24 juin 2010 dont il sera question ci-après (*infra*, n° 25). De la sorte, la Cour de cassation semble refuser de continuer le travail de sape à l'égard du principe consacré par l'article 1298 du Code civil, qui avait atteint son paroxysme avec l'arrêt *Durobor* du 7 avril 2006, évoqué au numéro suivant (*infra*, n° 20).

20. La connexité ne posait naturellement aucune difficulté dans le présent cas d'espèce. Il n'est cependant pas inutile de rappeler qu'ainsi que nous l'avions signalé il y a six ans, « la connexité ... sert incontestablement les mécanismes permettant d'échapper au concours. Elle doit être admise comme régulateur équitable, comme le prônent de nombreux auteurs, tant belges que français, mais certainement pas de façon latitudinaire qui l'érigerait en exception généralisée. On a en effet vu que l'affectation d'un bien à tel ou tel objectif n'est pas suffisante pour s'imposer aux tiers »⁷².

71. Voy. les références citées par R. HOUBEN, « Het vereiste van tijdig bestaan van de te verrekenen vorderingen voor de schuldvergelijking na samenloop (in fiscale zaken) », *R.W.*, 2010-2011, pp. 845 et s., sp. p. 846, n° 2.

72. Fr. GEORGES, *La saisie de la monnaie scripturale*, op. cit., p. 138, n° 80 ; on renvoie de façon plus générale le lecteur à la critique de la compensation érigée systématiquement en garantie.

Or, l'exigence de connexité s'est notablement délitée. Le caractère « étroit », « non-factice » de la connexité ne sont guère plus que des coquilles vides de sens. Dans son arrêt du 7 avril 2006, la Cour de cassation avait contribué à cette érosion de la notion de connexité en décidant qu'une cour d'appel « pouvait valablement considérer que les parties avaient convenu de traiter ensemble et dans le cadre d'un même compte à vue diverses opérations distinctes, entre lesquelles elles avaient établi une dépendance, et que la clause de compensation générale, par laquelle elles avaient placé leurs dettes réciproques dans un rapport purement conventionnel de connexité dans des conditions exclusives de toute fraude, se situait dans le cadre d'une opération économique globale »⁷³.

En témoigne encore un jugement du 26 août 2010 du tribunal de commerce de Verviers, qui estime que la disposition des conditions générales bancaires, selon laquelle toutes les opérations bancaires entre la banque et ses clients sont présumées résulter d'une même relation bancaire, établit une connexité entre toutes les opérations bancaires passées entre le client et la banque⁷⁴. Nous revenons à l'esprit les mots mis dans la bouche d'Humpty Dumpty par Lewis Carroll « "When I use a word", Humpty Dumpty said in a rather scornful tone, "it means just what I choose it to mean, neither more nor less". "The question is", said Alice "whether you can make words mean so many different things". "The question is" said Humpty Dumpty "who is to be the master – that's all" »⁷⁵...

II.1.2 La compensation conventionnelle sous l'empire de l'article 14 de la L.S.F.

21. Suite à l'enseignement de l'arrêt du 27 novembre 2008 de la Cour constitutionnelle⁷⁶, que le législateur a finalement intégré dans le texte de loi, l'article 14 de la L.S.F. dispose désormais :

« § 1^{er}. Les conventions de netting, ainsi que les clauses et conditions résolutoires ou de déchéance du terme stipulées pour permettre la novation ou la compensation, peuvent, sans mise en demeure ni décision judiciaire préalable, nonobstant toute cession des droits sur lesquelles elles portent, en cas de procédure d'insolvabilité, de saisie ou de toute situation de concours, être opposées aux créanciers si la créance et la dette à nover ou à compenser existent lors de

73. Cass. (1^{re} ch), 7 avril 2006, *J.T.* 2006, p. 645, avec note Th. HÜRNER, *J.L.M.B.* 2006, p. 896, *NjW* 2006, p. 944, avec note P. COUSSEMENT, *Pas.*, 2006, p. 812, avec concl. Th. WERQUIN, *R.D.C.*, 2006, p. 810, avec note E. VAN DEN HAUTE.

74. Comm. Verviers, 26 août 2010, *Dr. banc. fin.*, 2010, p. 395, avec note R. HOUBEN.

75. A. REDFERN, « Dangerous Dissents », *Arbitration*, 2005, vol. 71, n° 3, 200-210, p. 201, citant Lord Atkin.

76. Cour const., n° 167/2008, 27 novembre 2008, *D.C.C.R.*, 2009, p. 77, avec note B. DE GROOTE, *J.L.M.B.*, 2009, p. 816, avec note Fr. GEORGES, *J.T.* 2009, p. 44, avec note M. GEORGES, *NjW.*, 2008, p. 925, avec note E. DIRIX, *Rev. not. b.*, 2009, p. 54, *R.D.C.*, 2009, p. 496 avec note R. HOUBEN.

l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou de la survenance de la saisie ou d'une situation de concours, quels que soient la date de leur exigibilité, leur objet ou la monnaie dans laquelle elles sont libellées.

§ 2. Le § 1^{er} du présent article ne s'applique pas aux conventions de netting ainsi qu'aux clauses et conditions résolutoires ou de déchéance du terme stipulées pour permettre la novation ou la compensation, conclues entre ou avec des personnes physiques non commerçantes.

Le § 1^{er} du présent article reste toutefois d'application concernant les conventions de netting ainsi que les clauses et conditions résolutoires ou de déchéance du terme stipulées pour permettre la novation ou la compensation qui ont été conclues à un moment où la personne physique avait la qualité de commerçant à condition que la novation ou la compensation porte sur au moins une créance née à un moment où la personne physique était commerçante.

L'alinéa 1^{er} du présent paragraphe ne porte pas préjudice au droit d'imputation sur la créance garantie dans le cadre de la réalisation d'une convention constitutive de sûreté réelle »⁷⁷.

L'article 15 a également été modifié dans la même perspective. A titre exceptionnel, « il est toutefois prévu que les créanciers d'une personne physique non commerçante pourront continuer à bénéficier de l'article 14 L.S.F. si deux conditions sont réunies : (i) si la convention de netting ou la clause ou condition résolutoire ou de déchéance du terme a été conclue à un moment où la personne physique était encore commerçante et (ii) si au moins une des créances qui sont novées ou compensées est née à un moment où la personne physique était encore commerçante. À défaut, il suffirait à la personne physique commerçante de cesser tout commerce pour échapper à l'application de l'article 14 de la L.S.F. »⁷⁸.

22. Depuis la promulgation de la loi relative à la continuité des entreprises, l'efficacité de la compensation conventionnelle nonobstant la survenance d'une procédure de ce type a été fréquemment reçue par les juridictions. Ainsi, une ordonnance du 15 janvier 2011 du Président du tribunal de commerce d'Anvers a décidé que le droit à compensation d'une institution de crédit sur base de ses conditions générales, qualifié de convention de netting au sens de l'article 3, 4^o de la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières, demeure possible après l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire⁷⁹.

En parfaite cohérence avec leur souhait de limiter les possibilités de réalisation des sûretés ayant pour objet de la monnaie scripturale ou des créances

77. Sur la confusion révélée par l'article 14, § 2, alinéa 3, entre imputation et compensation, voy. *supra*, n° 16.

78. *Doc. Parl.*, Ch. Repr., n° 1714/002, p. 14.

79. Prés. Comm. Anvers, 15 février 2011, *R.A.B.G.*, 2011, p. 664, note N. VAN LANDUYT.

bancaires, les parlementaires à l'origine de certains amendements au texte de ce qui allait devenir la loi du 26 septembre 2011 ont voulu encadrer de même la mise en œuvre d'une convention de netting (ci-après, n° 23). Ils en ont par ailleurs profité pour améliorer la rédaction des dispositions de la loi du 31 janvier 2009 dédiées à la question de la compensation (ci-après, n° 24). Nous n'évoquerons pas ici l'articulation de la compensation avec la mesure prévue par la loi du 2 juin 2010 lorsque la situation d'un établissement de crédit, d'une entreprise d'assurances ou d'un organisme de liquidation et assimilés s'avère préoccupante⁸⁰. En effet, si pareille occurrence n'est plus le croque-mitaine du droit (et de l'économie) qu'elle était jusqu'à l'été 2008, elle reste régie par des dispositions exorbitantes du droit commun.

23. Aux termes de l'article 4, § 3, de la L.S.F., tel que modifié par l'article 19 de la loi du 26 septembre 2011, les articles 14 et 15 de cette dernière « ne peuvent être invoqués dans les cas mentionnés ci-après, à moins que le créancier ne puisse se prévaloir d'un défaut de paiement :

- a) quelle que soit la nature des créanciers, dès la demande ou l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire d'une personne autre que celles visées à l'article 3, 11° de la présente loi, pendant la durée de cette procédure ;
- b) par un créancier qui est une personne autre que celles visées à l'article 3, 11° de la présente loi, dès la demande ou l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire d'une personne morale publique ou financière, pendant la durée de cette procédure.

Le premier alinéa ne s'applique pas :

- a) lorsque le créancier qui se prévaut d'une compensation ou d'une novation sur la base d'une convention de netting ne se prévaut pas également d'une clause résolutoire, d'une condition résolutoire ou de clauses et conditions de déchéance du terme stipulées pour permettre la novation ou la compensation ;
- b) en cas de réalisation d'une convention constitutive de sûreté réelle visée aux articles 8, 12 et 13 de la présente loi et en ce qui concerne tout recours dans ce cadre à une convention de netting ou aux clauses et conditions résolutoires ou de déchéance du terme stipulées pour permettre la novation ou la compensation ;
- c) aux sûretés réelles, conventions de netting et clauses et conditions résolutoires ou de déchéance du terme stipulées pour permettre la novation ou la compensation, lorsqu'elles sont conclues au sujet de produits dérivés ou

80. Voy les articles 26bis, § 1^{er}, de la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurances, 57bis, § 1^{er}, de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit et 23bis, § 1^{er}, de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, tels qu'inséré par la loi du 2 juin 2010 visant à compléter les mesures de redressement applicables aux entreprises relevant du secteur bancaire et financier ; ces hypothèses sont visées par l'article 4, § 4, de la L.S.F.

Les mécanismes préférentiels

d'autres opérations financières telles que décrites par le Roi dans un arrêté concerté avec la Banque Nationale de Belgique. Lors de la rédaction de cette liste de types d'opérations, le Roi tient compte de l'intérêt des mécanismes visés au premier alinéa pour le fonctionnement normal des opérations concernées et pour les marchés dans lesquels ils sont utilisés et de manière plus générale, des pratiques de marché belges et internationales ».

Les opérations financières qui pourront toujours profiter du netting ont été désignées par un arrêté royal du 7 novembre 2011⁸¹. Le rapport au Roi précédant cet arrêté énonce que « le champ d'application de la loi du 15 décembre 2004 a été limité dans l'article 4 précité en excluant les règles de réalisation simplifiée décrites aux articles 9 et 9/1 ainsi que l'activation des clauses de close-out netting lorsqu'une procédure de réorganisation judiciaire est demandée ou ouverte dans le chef d'une personne qui n'est pas une personne morale publique ou financière ou dans le chef d'une personne morale publique ou financière si sa contrepartie est une personne qui n'est pas une personne morale publique ou financière et que le défaut d'exécution n'est pas un défaut de paiement. Toutefois, le fonctionnement des clauses de close-out netting et des sûretés dans le cadre de produits financiers doit absolument être garanti. C'est pourquoi les articles 4, § 3 et § 4, stipulent que les limitations énoncées ci-dessus ne sont pas applicables aux sûretés réelles, conventions de netting et clauses et conditions résolutoires ou de déchéance du terme stipulées pour permettre la novation ou la compensation lorsqu'elles sont conclues dans le cadre de produits dérivés et d'autres opérations financières telles que décrites par le Roi dans un arrêté concerté avec la Banque Nationale de Belgique. Afin d'établir cette énumération, il a entre autres été tenu compte de (a) l'intérêt des clauses de close-out netting et des mécanismes de sûreté susvisés pour le fonctionnement normal des opérations concernées et (b) des pratiques de marché belges et internationales (par ex. l'emploi de contrats cadres internationaux standardisés) ».

Pour le surplus, quant à la teneur précise de cet encadrement du netting et des clauses de déchéance du terme en cas de réorganisation judiciaire, on renvoie le lecteur aux développements qui précèdent⁸².

24. Par ailleurs, les articles 34 et 49 de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises ont été modifiés. L'article 34 dispose désormais que « la compensation n'est permise au cours du sursis entre créances sursitaires et créances nées au cours du sursis que si ces créances sont connexes » ; aux termes de l'article 49, alinéa 3, de la même loi, « (le plan) peut encore prévoir que les créances sursitaires ne pourront être compensées avec des dettes du créancier

81. Voy. l'arrêté royal du 7 novembre 2011 déterminant les produits dérivés et autres opérations financières visés à l'article 4, § 3 et § 4, de la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières et portant des dispositions fiscales diverses en matière de conventions constitutives de sûreté réelle et de prêts portant sur des instruments financiers (*M.B.*, 10 novembre 2011).

82. *Supra*, n° 15.

titulaire postérieures à l'homologation. Une telle proposition ne peut viser des créances connexes ».

L'amendement à l'origine de ces modifications est ainsi justifié : « l'article 34 de la loi continuité traite ainsi des cas de compensation entre une créance sursitaire et une créance du débiteur en réorganisation née pendant le sursis. La réserve relative à l'application de la L.S.F. est partant sans objet puisque les articles 14 et 15 de cette loi sont impuissants à fonder l'opposabilité de la compensation conventionnelle entre créances réciproques qui ne sont pas toutes deux nées avant l'ouverture de la procédure. L'article 23 abroge le dernier membre de phrase de l'article 49, alinéa 3 de la loi continuité. Cet article énonce que le plan de réorganisation peut « prévoir que les créances sursitaires ne pourront être compensées avec des dettes du créancier titulaire postérieures à l'homologation. Une telle proposition ne peut viser des créances connexes ni des créances pouvant être compensées en vertu d'une convention antérieure à l'ouverture de la procédure de réorganisation ». L'article 49 vise donc l'hypothèse d'une compensation entre une créance sursitaire et une créance du débiteur en réorganisation née après l'homologation du plan de réorganisation (réorganisation judiciaire par accord collectif) par le tribunal. Par conséquent, la réserve relative à la conclusion d'une convention de netting avant l'ouverture de la procédure de réorganisation est sans objet puisque les articles 14 et 15 de la L.S.F. sont impuissants à fonder l'opposabilité de la compensation conventionnelle entre créances réciproques qui ne sont pas toutes deux nées avant l'ouverture de la procédure »⁸³.

II.1.3 La compensation fiscale

25. Aux termes de l'article 334 de la loi-programme du 27 décembre 2004, tel que remplacé par une autre loi-programme du 22 décembre 2008, « toute somme à restituer ou à payer à une personne, soit dans le cadre de l'application des lois d'impôts qui relèvent de la compétence du Service public fédéral Finances ou pour lesquelles la perception et le recouvrement sont assurés par ce Service public fédéral, soit en vertu des dispositions du droit civil relatives à la répétition de l'indu, peut être affectée sans formalités et au choix du fonctionnaire compétent, au paiement des sommes dues par cette personne en application des lois d'impôts concernées ou au règlement de créances fiscales ou non-fiscales dont la perception et le recouvrement sont assurés par le Service public fédéral Finances par ou en vertu d'une disposition ayant force de loi. Cette affectation est limitée à la partie non contestée des créances à l'égard de cette personne. L'alinéa précédent reste applicable en cas de saisie, de cession, de situation de concours ou de procédure d'insolvabilité ».

Au grand dam de l'administration des finances, la Cour de cassation a adopté une lecture restrictive de cette disposition : « La compensation après faillite

83. *Doc. Parl.*, Ch. Repr., n° 1714/002, p. 16.

est, en principe, impossible ; dans les cas où il existe une étroite connexité entre les créances, la compensation est possible même si les conditions de la compensation ne sont remplies qu'après la faillite ; la compensation demeure donc, en principe, exclue entre les dettes et les créances nées avant la faillite et les créances et les dettes nées après la faillite, même s'il y a connexité. (Art. 1298 C.civ. ; art. 17.2 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites). L'article 334 de la loi-programme du 27 décembre 2004 qui permet aussi la compensation après concours entre des créances qui ne sont pas connexes, vaut uniquement pour les créances qui sont nées avant le concours, en l'espèce, avant la déclaration de faillite. Cette disposition ne permet, dès lors, pas de compensation entre une créance fiscale née avant la déclaration de faillite du redevable et les crédits fiscaux qui doivent être remboursés au curateur en raison des opérations commerciales poursuivies par lui après la déclaration de faillite du redevable concerné »⁸⁴.

Cet arrêt ne se contente pas d'interpréter restrictivement une disposition dérogatoire au principe d'égalité des créanciers, consacré entre autres par l'article 1298 du Code civil, mais précise, ainsi qu'on l'a déjà signalé ci-dessus (voy. *supra*, n° 19), que la compensation demeure en principe exclue entre les dettes et les créances nées avant la faillite et les créances et les dettes nées après la faillite, même s'il y a connexité.

4. *De lege ferenda*

26. Une étude récente de MM. Houben et Peeters, que l'on aura d'autant moins de scrupule à considérer comme un plaidoyer qu'elle se qualifie elle-même comme telle, forme le vœu que le rôle de garantie permis par la compensation soit encore favorisé⁸⁵. Elle ne nous convainc pas.

À lire ces auteurs, la Belgique devrait consacrer fermement la compensation comme mécanisme de sûreté car les pays qui nous sont limitrophes en font ainsi, excepté la France⁸⁶. C'est d'ailleurs en raison du caractère rétrograde, à leurs yeux, de l'état de notre droit positif par rapport à nos voisins qu'il a paru opportun, en 2004, de transposer si largement la directive « collatérale » par la L.S.F. Rétrospectivement, on s'étonnera de ce que cette intention n'ait pas été aussi clairement exprimée dans les travaux préparatoires, afin de permettre aux parlementaires, sinon à certains membres du gouvernement, de prendre la vraie

84. Cass. (1^{re} ch.), 24 juin 2010, *R.D.C.*, 2010, p. 903, *R.D.C.*, 2011, p. 82, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2010, p. 265, note P. VAN CAENEGEM, *R.W.* 2010-11, p. 844, avec note R. HOUBEN.

85. R. HOUBEN et I. PEETERS, « De zekerheidswaarde van schuldvergelijking in het Belgisch recht, mede in het licht van de financiële crisis. Pleidooi voor een genuanceerde maar verantwoorde aanpak », *R.D.C.*, 2011, pp. 761 et s. ; si le titre de cette étude évoque également une approche équilibrée, on constate que les dérogations proposées à l'intransigeance du netting ne sont singulièrement suggérées qu'à l'avantage des banques.

86. *Ibidem*, p. 762.

mesure de cette réforme fondamentale. Si nous faisons totale confiance à ces éminents spécialistes quant à la teneur des systèmes juridiques étrangers qu'ils évoquent, on objectera cependant que le droit des garanties de paiement doit être envisagé dans son ensemble, de sorte qu'il n'est pas possible de juger de la pertinence d'un aspect ponctuel sans en maîtriser les autres aspects. On pense ainsi, par exemple, à l'importance des créances publiques. Par ailleurs, contrairement à d'autres branches du droit, cette matière exerce fondamentalement une influence sur les tiers à la relation de compensation.

Il n'est guère utile d'insister longuement sur certains arguments évoqués par MM. Houben et Peeters ; ils relèvent plus de la politique que du droit⁸⁷. Plus surprenant – mais très significatif – est le fait qu'ils regrettent le choix du législateur de respecter l'arrêt de la Cour constitutionnelle⁸⁸.

II.2 La clause de réserve de propriété

27. Comme on le sait, cette manifestation de l'usage de la propriété à des fins de garantie a vu son efficacité renforcée par la loi du 8 août 1997 sur les faillites. Nos développements sur ce sujet seront brefs. À la suite d'une abondante doctrine⁸⁹, une remarquable étude a été récemment publiée sous la plume de Madame Gigot⁹⁰.

87. En premier lieu, la compensation favoriserait le respect des exigences prudentielles qui s'imposent aux établissements de crédit (*ibidem*, p. 763, n° 2) ; ainsi qu'on l'a déjà souligné, les banques ont profité de 2004 à fin 2008 (moment où la Cour constitutionnelle en a exclu les personnes physiques non commerçantes) de l'opposabilité de la compensation conventionnelle nonobstant concours, présentée comme un facteur de croissance économique et de stabilité financière... ; par ailleurs, selon les auteurs, « Op grond van (art. 34 WCO) en de wetenschap dat de gerechtelijke reorganisatie geen samenloop tot stand brengt, is schuldvergelijking na gerechtelijke reorganisatie in ruime mate mogelijk. Artikel 34 WCO kadert in die optiek in de tendens van wettelijke verruiming van de zekerheidsfunctie van schuldvergelijking » (p. 765, n° 7) ; ainsi qu'on l'a déjà signalé (voy. *supra*, n° 14), ce propos revient ni plus ni moins qu'à vouloir marier l'eau et le feu ; enfin, « het is niet ondenkbaar dat banken na het arrest terug meer nadruk gaan leggen op andere zekerheden, die duurder uitvallen voor de kredietnemer » (*ibidem*, p. 767, n° 13) ; si nous acceptons le principe de ce constat, nous aimerions disposer d'une étude économique objective plutôt que de lire ce refrain continuellement ressassé aux accents non dénués de chantage.

88. *Ibidem*, n° 15.

89. Voy., par ordre alphabétique, Chr. BIQUET-MATHIEU et Fr. GEORGES, « Les espaces de liberté dans le domaine des sûretés et garanties de paiement », in *Les espaces de liberté en droit des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 117 et s. ; J. CAEYMAEX, « La réserve de propriété en cas de concours », *J.L.M.B.*, 2010, p. 955-957 ; B. DE CONINCK, « La clause de réserve de propriété et son opposabilité en cas de concours », *R.G.D.C.*, 2005, p. 241 ; J. CAEYMAEX, « Le recouvrement des créances », in *Guide juridique de l'entreprise. Traité théorique et pratique*, 2^e éd., 2010, titre V, Livre 55.2, pp. 15 et s. ; E. DIRIX et R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Kluwer, 2006, sp. pp. 407 et s. ; R. FRANSIS, « Tegenwerpelijheid van het eigendomsvoorbehoud bij samenloop : de wetgever is opnieuw (dringend) aan zet », *NjW*, 2010, pp. 503-504 ; Fr. GEORGES, « Réserve de propriété et règlement collectif de dettes », *J.L.M.B.*, 2008, p. 80 ; M. GREGOIRE, *Publicité foncière. Sûreté réelles et privilèges*, Bruylant, 2006, sp. pp. 667 et s.

90. A.-S. GIGOT, « L'opposabilité de la clause de réserve de propriété en cas de procédures collectives d'insolvabilité », *R.D.C.*, 2011, pp. 511 et s.

II.2.1 Quelques applications de l'opposabilité de la clause de réserve de propriété en cas de faillite

28. En cas de faillite, la clause de réserve de propriété est opposable au curateur moyennant le respect des conditions de forme et de délai visées à l'article 101 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites.

Conformément à cet article 101, alinéa 2, la clause de réserve de propriété doit être établie par écrit pour être opposable aux autres créanciers. Cet *instrumentum* permet également au juge d'apprécier le droit applicable dans le cadre des litiges transfrontaliers mettant en œuvre une clause de réserve de propriété. À ce sujet, le tribunal civil de Gand a jugé que « la validité et les effets juridiques de la réserve de propriété invoquée doivent être appréciés sur base du droit néerlandais, étant donné que cette réserve de propriété fait partie d'une convention exclusivement régie par le droit néerlandais »⁹¹.

Le tribunal de commerce de Hasselt a également évoqué cette exigence d'écrit en précisant qu'il doit être rédigé au plus tard lors de livraison du bien mais ne doit pas être signé par les parties⁹². En ce qui concerne l'acceptation de la clause de réserve de propriété, le tribunal a appliqué la jurisprudence de la Cour de cassation⁹³ et estimé que l'acceptation formelle ou tacite de la clause de réserve de propriété par l'acheteur suffisait pour en assurer son opposabilité aux créanciers en concours.

29. Il existe des hypothèses dans lesquelles l'acheteur ou le curateur a revendu le bien sans l'autorisation du vendeur-proprétaire pendant la période de revendication. La revendication du bien en question étant devenue impossible, le vendeur avec réserve de propriété pourra, en principe, reporter son droit de propriété sur le prix de revente du bien. Les tribunaux de commerce de Bruges et de Gand ont connu d'une espèce de ce type dans laquelle les biens, dont le vendeur s'était réservé la propriété, avaient été revendus par le curateur⁹⁴. Les magistrats ont jugé que les droits du vendeur devaient se reporter sur les fonds provenant de la vente du bien en question. Comme le rappelle le tribunal de commerce de Bruges, le curateur sera tenu de remettre les sommes correspondant au montant de la créance du vendeur impayé dans le cadre de la faillite. Les droits du vendeur

91. Civ. Gand (sais.) 4 août 2009, *R.D.J.P.*, 2010, p. 81 ; voy également un arrêt du 10 septembre 2009 de la Cour de justice de l'Union européenne sur l'articulation entre le champ d'application du règlement n° 44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, et le règlement n° 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité (C.J.U.E., n° C-292/08, 10 septembre 2009, *NJB*, 2009, p. 2355, *NIPR*, 2009, p. 491, *R.D.C.*, 2009, p. 987.

92. Comm. Hasselt, 19 août 2009, *R.A.B.G.*, 2010, liv. 8, p. 491.

93. Cass. (3^e ch.), 25 septembre 2006, *J.T.*, 2007, p. 72.

94. Comm. Gand, 8 avril 2008, *R.W.*, 2008-2009, p. 976 ; Comm. Bruges, 10 mars 2008, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2008, p. 349.

sont donc strictement limités au montant correspondant au solde de sa créance de prix. Le vendeur bénéficiant d'une clause de réserve de propriété ne peut, bien entendu, exercer son droit de revendication sur le bien qu'à concurrence du solde de sa créance de prix. L'exercice de son droit de revendication ne peut en effet être une source d'enrichissement⁹⁵. Le solde du prix de vente sera donc comparé avec la valeur des biens récupérés, étant entendu que si cette valeur dépasse le montant du prix de vente, le vendeur sera tenu au remboursement du surplus. À l'inverse, si la valeur du bien récupéré était inférieure au solde du prix de vente, le vendeur reste créancier dans la masse pour le solde.

30. Dans un autre contexte, le tribunal de commerce de Gand a admis que la réserve de propriété pouvait être valablement invoquée pour des choses de genre lorsque les biens avaient été confondus avec d'autres biens de la même nature⁹⁶. En l'espèce, il s'agissait de fournitures de mazout. Pour le tribunal, la confusion ne porte pas atteinte au droit de propriété du vendeur si ce dernier est le seul à avoir livré les choses de genre sous réserve de propriété.

31. Enfin, la cour d'appel de Liège a estimé qu'une clause de réserve de propriété figurant dans un contrat de vente pouvait légitimement être invoquée par celui qui s'était conventionnellement fait subroger aux droits du vendeur⁹⁷. La doctrine considère en effet que la propriété réservée est un accessoire qui passe de plein droit à l'acquéreur de la créance⁹⁸. La Cour a également rappelé que l'article 105 de la loi du 8 août 1997 ne s'appliquait pas à la revendication sur base d'une clause de réserve de propriété⁹⁹.

II.2.2 L'opposabilité de la clause de réserve de propriété dans le cadre d'autres hypothèses que la faillite

32. Dans deux arrêts du 9 février 1933¹⁰⁰, la Cour de cassation avait posé le principe de l'inopposabilité de la clause de réserve de propriété aux créanciers de l'acheteur dès la survenance d'une situation de concours. La Cour a confirmé sa jurisprudence à plusieurs reprises et notamment le 22 septembre 1994, arrêt

95. P. COLLE et B. VAN DEN BRANDE, « Het eigendomsvoorbehoud verbintenisrechtelijk bekeken en tegenwerpelijheid van het beding in de verschillende samenloopsituaties », *La vente*, Bruges, Die Keure, 2002, p. 172, n° 13 ; E. DIRIX, « Eigendomsvoorbehoud », *R.W.*, 1997-1998, p. 483.

96. Comm. Gand, 8 avril 2008, *R.W.*, 2008-2009, p. 976.

97. Liège, 15 janvier 2009, *R.R.D.*, 2008, n° 128.

98. B. DE CONINCK, « La clause de réserve de propriété et son opposabilité en cas de concours », *R.G.D.C.*, 2005, liv.5, p. 254 ; Chr. BIQUET-MATHIEU et Fr. GEORGES, « Les espaces de libertés dans le domaine des sûretés et garanties de paiement », *op. cit.*, p. 124.

99. Conformément à l'article 105, le propriétaire revendiquant doit, préalablement à la restitution, rembourser les acomptes par lui reçus, ainsi que toutes avances faites pour fret ou voiture, commission, assurance ou autres frais, et payer les sommes qui seraient dues pour ces mêmes causes.

100. Cass., 9 février 1933, *Pas.*, 1933, I, p. 103 ; Cass., 9 février 1933, *Pas.*, 1933, p. 125.

Les mécanismes préférentiels

dans lequel elle a décidé que « le vendeur d'effets mobiliers non payés, lorsqu'il se trouve en concours avec les créanciers de l'acheteur et que la chose vendue est en possession de celui-ci, n'est jamais fondé, pour revendiquer en dehors du cas prévu par l'art. 20, 5°, al. 6 de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851, à se prévaloir de la clause de réserve de propriété »¹⁰¹.

Comme mentionné ci-dessus, le législateur a réglé le sort de l'opposabilité de la clause de réserve de propriété en cas de *faillite* à l'article 101 de la loi du 8 août 1997 sans pour autant étendre le régime de l'opposabilité aux autres hypothèses de concours.

Suite à l'entrée en vigueur de cette disposition, la question de l'application extensive de l'opposabilité de la clause de réserve de propriété dans le cadre des autres procédures d'insolvabilité sur le patrimoine de l'acheteur a rapidement été soulevée. Une partie de la doctrine¹⁰² et de la jurisprudence¹⁰³ plaidait pour une extension de l'article 101 aux autres hypothèses de concours, en invoquant notamment l'incohérence qui résulterait de l'opposabilité admise dans certaines situations de concours et non dans d'autres.

Madame Grégoire optait pour une opposabilité pure et simple de la clause de réserve de propriété, sans conditions, dans les situations de concours autres que la faillite¹⁰⁴. Selon le savant auteur, le principe étant que les conditions de l'article 101 sont déroatoires au droit commun de l'opposabilité des effets externes des contrats, cette disposition doit être interprétée restrictivement et ne s'appliquer qu'à la faillite.

Pour d'autres auteurs¹⁰⁵, en l'absence de texte légal visant les autres hypothèses de concours, le régime de l'opposabilité de l'article 101 ne pouvait

101. Cass., 23 mai 1946, *Pas.*, 1946, p. 204 ; Cass., 27 mars 1952, *Pas.*, 1952, p. 475 ; Cass., 22 septembre 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 124, avec note J. CAEYMAEX, *J.T.*, 1995, p. 237, *Pas.*, 1994, I, p. 754, *R.W.*, 1994-1995, p. 1264, avec note E. DIRIX, *T. Not.*, 1995, p. 572, note F. BOUCKAERT, *R.D.C.*, 1995, p. 601.

102. E. DIRIX, « Commentaire de l'article 101 de la loi sur les faillites », in *Privileges et hypothèques*, Kluwer, 2003, p. 13, n° 11 et p. 14, n° 13 ; E. DIRIX, « Eigendomsvoorbehoud », *R.W.*, 1997-1998, p. 485 ; E. DIRIX et R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Malines, Kluwer, 2006, p. 411 ; V. SAGAERT, « Het « in- natura »-vereiste bij eigendomsvoorbehoud : de gevolgen van de bewerking, vermenging en wederverkoop », *R.D.C.*, 2003, p. 774 ; G. VERSCHULDEN, « Eigendomsvoorbehoud tussen partijen en tegenover derden », *A.J.T.*, 1998-99, p. 836 ; A. ZENNER, *Faillites et concordats 2002. La réforme de la réforme et sa pratique*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 224.

103. Comm. Gand, 24 décembre 1999, *R.G.D.C.*, 2000, p. 379 ; Anvers, 18 novembre 2002, *R.W.*, 2003-2004, p. 629.

104. M. GREGOIRE, *Publicité foncière. Sûretés réelles et privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 674.

105. P. COLLE et B. VAN DEN BRANDE, « Het eigendomsvoorbehoud verbintenisrechtelijk bekeken en tegenwerpelijkheid van het beding in de verschillende samenloopsituaties », in *La vente*, La Charte, 2002, p. 190 ; Fr. DAVREUX et N. GENDRIN, « Développements récents à propos de la clause de réserve de propriété, utilité du privilège du vendeur et position du fournisseur et du prestataire de services », in *Le point sur le droit des sûretés*, Formation permanente C.U.P., 2000, p. 280 ; Fr. GEORGES, « Les

leur être étendu. Cette opinion était également partagée par un substantiel courant jurisprudentiel ¹⁰⁶.

33. L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 7 mai 2010 a tranché la controverse de l'opposabilité de la clause de réserve de propriété dans le cadre du règlement collectif de dettes ¹⁰⁷. En l'espèce, un particulier avait acheté une voiture ; le contrat de vente à tempérament contenait une clause de réserve de propriété en faveur du vendeur du véhicule. Par la suite, l'acheteur fut admis au règlement collectif de dettes. L'organisme de financement, subrogé dans les droits du vendeur, tenta de mettre en œuvre la clause de réserve de propriété afin de récupérer la possession du véhicule. Sa demande fut rejetée par le juge des saisies de Namur dont l'ordonnance fut confirmée en appel ¹⁰⁸.

La Cour de cassation a jugé qu'une action en revendication fondée sur une clause de réserve de propriété ne pouvait plus être intentée postérieurement à l'admission au règlement collectif de dettes du débiteur. La Cour semble avoir visée toutes les situations de concours hormis la faillite puisque selon elle : « il n'existe aucun principe général de droit sur la base duquel la clause de réserve de propriété qui est valable entre parties serait opposable en cas de concours ». Par ailleurs, l'établissement financier sollicitait que la Cour constitutionnelle soit interrogée sur la constitutionnalité de l'article 1675/7, § 1, du Code Judiciaire lu en combinaison avec l'article 20, 5° de la Loi Hypothécaire « en ce que cette disposition interprétée en ce sens que le concours entre créanciers, né de la décision d'admissibilité à la procédure en règlement collectif de dettes, s'oppose, en l'absence de disposition spécifique en ce sens, à ce que le vendeur d'un bien meuble impayé, vendu sous réserve de propriété à une personne physique, admise à la procédure de règlement collectif de dettes, mette encore en œuvre cette clause après la naissance du concours, alors qu'en cas de concours né de la faillite, le vendeur impayé d'un bien meuble identique, vendu sous des conditions identiques à

prérogatives du partenaire du commerçant en difficulté : état des lieux » in *La faillite et le concordat en droit positif belge après la réforme de 1997*, Collection scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1998, p. 411 ; Fr. T'KINT et W. DERIJCKE, « Incidence de la nouvelle législation relative à la faillite et au concordat judiciaire sur le droit des sûretés », in *Droit des sûretés*, Formation permanente C.U.P., 1997, p. 122 ; Fr. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 4^e éd., Larcier, 2004, p. 254, n° 495.

106. Corr. Tongres, 31 mars 2010, C.R.A., 2010, liv. 4, p. 261 ; Trib. Trav. Liège (3^e ch.), 2 février 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 513, avec note C. BEDORET ; Liège, 23 novembre 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 952, avec note J. CAYMAEX ; Liège, 12 mars 2009, *R.R.D.*, 2008, p. 399 ; Civ. Liège, 26 juin 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 859 ; Civ. Namur, 8 octobre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 73, avec note Fr. GEORGES ; J.P. Namur, 31 mai 2005, *Annuaire juridique du crédit*, 2005, p. 261, avec note M. VAN DEN ABEELE ; Civ. Bruxelles, 9 avril 2001, *Annuaire juridique du crédit*, 2001, p. 474 ; Civ. Arlon, 26 avril 2000, *Annuaire juridique du crédit*, 2000, p. 379.

107. Cass. (1^{re} ch.), 7 mai 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1242, *NjW*, 2010, p. 502, avec note R. FRANZIS, *R.W.*, 2011-2012, p. 271, note M.-E. STORME, *R.D.C.*, 2011, p. 82, *R.D.C.*, 2011, p. 550, avec note A.-S. GIGOT.

108. Liège, 12 mars 2009, *R.R.D.*, 2009, p. 399.

une personne physique, déclarée en état de faillite pourra, en application de l'article 101 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, encore de prévaloir de ladite clause et exercer l'action en revendication après la naissance du concours et ce, jusqu'au dépôt du premier procès verbal de vérification des créances ». La Cour de cassation a refusé de poser ladite question préjudicielle à la Cour constitutionnelle, estimant qu'une éventuelle discrimination résulterait d'une lacune législative.

Cet arrêt de la première chambre francophone de la Cour de cassation a été critiqué avec virulence par la doctrine néerlandophone¹⁰⁹. La Cour ne méritait pourtant ni cet excès d'honneur, ni cette indignité. Si l'on peut déplorer l'absence de saisine et partant de prise de position sur cette question de la Cour constitutionnelle¹¹⁰, que nous avons personnellement appelée de nos vœux¹¹¹, sa réponse n'est pas aisément prévisible dès lors qu'existe une différence fondamentale de perspective entre les deux procédures que sont la faillite d'une part et le règlement collectif de dettes de l'autre. Aussi, à défaut d'une réponse de cette dernière, une certaine conception de la rigueur impose au juge d'en appeler à l'intervention du législateur, puisque ce dernier ne peut visiblement plus exercer son office, dans certaines matières, qu'à la hussarde et par une espèce de processus d'essai-erreur... La créativité du juge ne peut pas tout ; comme on a pu l'écrire, juger est également « savoir s'astreindre à s'incliner devant une règle qu'on n'eût pas voulu faire »¹¹².

34. Dans la même veine, signalons que pour le tribunal de commerce et la cour d'appel de Liège¹¹³, l'article 101 de la loi sur les faillites est une exception au droit commun du concours et ne peut être appliqué par analogie à la liquidation. Aussi rigoureuses juridiquement, et partant correctes, soient ces décisions, c'est dans un de tel cas de figure que l'état de notre droit apparaît effectivement passablement incohérent.

35. Enfin, la mise en œuvre de la clause de réserve de propriété par le biais d'une action en revendication serait interdite pendant toute la durée du sursis en vertu des articles 30 et 31 de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises. M. Verougstraete rappelle à ce sujet que « le sursis fait obstacle à ce

109. Voy. en particulier M.-E. STORME, « Eigendomsvoorbehoud en samenloop buiten faillissement : Hof van Cassatie lijdt aan fantoompijn », *R.W.*, 2011-2012, p. 254-266.

110. Sur la question des lacunes législatives et de leur traitement par la Cour constitutionnelle, voy. P. MARTENS, « Le juge légiférant », obs. sous Cour cons., n° 1/2012, 11 janvier 2012, *J.L.M.B.*, 2012, pp. 552 et s., ainsi que M. MELCHIOR et C. COURTOY, « L'omission législative ou la lacune dans la jurisprudence constitutionnelle », *J.T.*, 2008, pp. 669 et s.

111. Fr. GEORGES, « Les droits des créanciers confrontés à une procédure collective : vers une inexorable érosion de la théorie du concours ? », note sous Cass. (1^{re} ch.), 23 avril 2004 et 15 octobre 2004, *R.C.J.B.*, 2007, pp. 239 et s., sp. pp. 272 à 273.

112. L. FRANÇOIS, « Le rôle du juge », *Juger*, 1991, n° 1, p. 8.

113. Comm. Liège, 6 juin 2008 et Liège, 23 novembre 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 952, avec note J. CAEYMAEX.

que le créancier propriétaire puisse se prévaloir de la clause de réserve de propriété pour procéder à la revendication de son bien entre le dépôt de la requête et la fin du sursis, pareille revendication étant assimilée à un acte prohibé par les articles 22 et 30, al.1^{er}, de la loi relative à la continuité des entreprises »¹¹⁴.

Sans critiquer l'opportunité de la solution qu'elle promeut, cette analyse nous paraît assez singulière. Pour cet auteur comme pour bien d'autres, l'ordonnance d'admissibilité à la procédure de réorganisation judiciaire prononcée par le tribunal de commerce ne fait pas naître de concours. En l'absence des effets de cette construction prétorienne, l'article 7 de la loi du 31 janvier 2009, aux termes duquel « sauf lorsqu'une modification ou une dérogation résulte d'un texte exprès de la présente loi, celle-ci n'a pas pour objet de modifier des lois antérieures ni d'y apporter une dérogation », ne soutient pas la paralysie d'une revendication de propriété réservée.

SECTION 3

Le cautionnement à titre gratuit et la décharge des sûretés personnelles

36. Le cautionnement à titre gratuit a suscité nettement plus de commentaires que d'applications concrètes. Il est vrai que la réforme législative qui l'encadre et qui était censée mettre fin à certains abus, ne brille pas par sa cohérence et son accessibilité¹¹⁵. Le régime de la décharge des sûretés personnelles est plus satisfaisant

114. I. VEROUGSTRATE *et alii*, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, op. cit., p. 642.

115. Sur cette loi, voy. Chr. BIQUET-MATHIEU et S. NOTARNICOLA, « La protection des sûretés personnelles dites faibles – Le point après la loi du 3 juin 2007 sur le cautionnement à titre gratuit », in *Sûretés et procédures collectives*, Formation permanente CUP, vol. 100, Anthemis, 2008, pp. 42 et s ; Chr. BIQUET-MATHIEU, « Les sûretés personnelles », in *Handboek consumentenkrediet*, Die Keure, 2007, n°s 41 et s. ; A. CUYPERS, « De kosteloze borgtocht : één belangeloos concept », *Dr. banc. fin.*, 2007, pp. 151-177 ; E. DIRIX, « Le cautionnement à titre gratuit », *Rev. not. b.*, 2008, pp. 612-622 ; E. DIRIX, « De kosteloze borgtocht », *R.W.*, 2007-2008, pp. 218 et s ; P-Y. ERNEUX, « Les notaires face aux cautionnements à titre gratuit. Quelques considérations et suggestions à l'usage des praticiens », *Jurim Pratique*, 2009, pp. 315-325 ; Chr. ENGELS, « De kosteloze borgtocht », in *Rechtskroniek voor het Notariaat*, deel 12, Die Keure, 2008, p. 190 ; P-A. FORIERS et L. SIMONT, « Le cautionnement à l'épreuve de la loi du 3 juin 2007 relative au cautionnement à titre gratuit », in *Liber Amicorum A. Bruyneel*, Bruylant, 2008, pp. 321 et s ; M. GREGOIRE, « Le cautionnement à titre gratuit : la loi du 3 juin 2007 », *J.T.*, 2007, p. 809 ; M. GREGOIRE, « Quelques observations en matière de sûretés », *C.J.*, 2009/1, pp. 14 et s. ; P. HEYMANS, « Kosteloze borgtocht en hypothecair krediet », *T. Fin. R.*, 2008, p. 55 et s ; L. DU JARDIN, « Le cautionnement gratuit », *Rev. prat. soc.*, 2010, pp. 289-298 ; L. DU JARDIN, « Actualités du cautionnement à titre gratuit », in *Actualité de droit des sûretés*, Anthemis, 2010, 166 p. ; L. DU JARDIN, « Vers un droit commun des garanties personnelles ? La loi relative au cautionnement à titre gratuit », *R.G.D.C.*, 2008, pp. 207 et s. ; S. PARMENTIER, « Le cautionnement à titre gratuit ou l'institution d'une protection inefficace », in *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, C.U.P., vol. 129, Anthémis, 2011, pp. 149 et s. ; G. SUPPLY en S. REMMERY, « Kosteloze borg », *NjW*, 2008, pp. 238 et s ; K. TROCH, « Actuele ontwikkelingen inzake de borgtocht », *T. Fin. R.*, 2008, pp. 29 et s ; M. VAN-MEENEN, « Kosteloze borgtocht : (een) nieuwe zekerheid (?) », *R.D.C.*, 2008, pp. 845 et s.

et continue à donner lieu à de nombreuses décisions. Les lignes qui suivent examinent les décisions les plus significatives publiées entre le 1^{er} juillet 2005 et le 20 mars 2012 concernant le cautionnement à titre gratuit et la décharge des sûretés personnelles.

III.1 Le cautionnement à titre gratuit

37. La loi du 3 juin 2007 relative au cautionnement à titre gratuit a inséré dans le Titre XIV du Livre III du Code civil un chapitre V comprenant les articles 2043*bis* à 2043*octies* et intitulé « Du cautionnement à titre gratuit ». Ces dispositions, entrées en vigueur le 1^{er} décembre 2007, s'appliquent aux contrats de cautionnement conclus postérieurement à cette date.

Madame Grégoire résumait ainsi les traits saillants de cette réforme : « Quant à la formation de contrat, en premier lieu : consensuel dans la tradition civiliste, le cautionnement à titre gratuit devient formel puisqu'il doit faire l'objet d'un contrat distinct du contrat principal et comporter en outre certaines mentions spécifiques. Quant à son objet, en deuxième lieu : le cautionnement à titre gratuit doit être limité à l'engagement existant lors de la conclusion du contrat. Quant à sa durée, en troisième lieu : celle-ci doit être obligatoirement limitée. Quant à sa portée, en quatrième lieu : le cautionnement ne peut être consenti par une personne physique en son nom propre en garantie d'une dette dont l'importance est manifestement disproportionnée à ses revenus ou à ses biens. Quant à la loyauté contractuelle enfin, la caution doit pouvoir obtenir sans frais de la part du créancier toutes les informations relatives à l'évolution de la dette garantie »¹¹⁶. Nous nous limiterons à revenir ici sur le champ d'application de la loi ainsi que sur la notion de gratuité.

III.1.1 Champ d'application matériel de la loi

38. La doctrine n'est pas unanime quant à la question du champ d'application *rationae materiae* des dispositions insérées dans le Code civil par la loi du 3 juin 2007. L'article 2043*bis* vise la caution personne physique engagée à titre gratuit, sans mentionner les autres sûretés personnelles. Certains auteurs considèrent néanmoins que la loi devrait également s'appliquer aux autres formes de sûretés personnelles, afin notamment d'éviter une différence de traitement injustifiée entre les sûretés personnelles à titre gratuit¹¹⁷. D'autres estiment, au

116. M. GREGOIRE, « Quelques observations en matière de sûretés », *op. cit.*, p. 16.

117. E. DIRIX, « De kosteloze borgtocht », *R.W.*, 2007-2008, p. 219, n° 5 ; P-A. FORIERS et L. SIMONT, « Le cautionnement à l'épreuve de la loi du 3 juin 2007 relative au cautionnement à titre gratuit », *op. cit.* p. 326, n° 9 ; M. GREGOIRE, « Le cautionnement à titre gratuit – La loi du 3 juin 2007 », *op. cit.*, p. 812, n° 17, où l'auteur semble déduire des nouvelles dispositions l'interdiction pour une personne physique de consentir valablement à un créancier professionnel une garantie à première demande ou de s'engager comme codébiteur solidaire à titre de garantie.

contraire, qu'au vu du caractère impératif de la loi, il convient d'en interpréter strictement les dispositions et d'en limiter le champ d'application aux seules cautions. Selon eux, il est néanmoins loisible au juge de requalifier une sûreté en cautionnement s'il en retrouvait les caractéristiques essentielles ¹¹⁸.

Est également controversée la question de l'application de la loi du 3 juin 2007 aux sûretés réelles consenties par un tiers. La Cour de cassation avait jugé, avant l'entrée en vigueur de la loi, que les règles du cautionnement pouvaient s'appliquer au mal nommé « cautionnement réel » dans la mesure où elles étaient compatibles avec sa nature ¹¹⁹. La Cour n'avait cependant pas précisé qu'elles étaient les règles du cautionnement susceptibles de s'appliquer aux sûretés réelles. Certaines dispositions de la loi du 3 juin 2007 semblent être compatibles avec la nature des sûretés réelles. Ainsi, Madame Biquet-Mathieu considère que l'exigence de proportionnalité envisagée à l'article 2043*sexies*, § 2, du Code civil pourrait, dans certaines conditions, être applicable au tiers affectant hypothécaire ¹²⁰.

III.1.2 Notion de gratuité

39. Le nouvel article 2043*bis* vise le cautionnement à titre gratuit tel que défini par la Cour constitutionnelle dans son arrêt du 30 juin 2004 dans le cadre de l'article 80 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites ¹²¹, à savoir « l'absence de tout avantage économique, tant direct qu'indirect, que la caution peut obtenir grâce au cautionnement ». La définition de la notion de gratuité envisagée par cette disposition confirme la jurisprudence, développée *infra*, relative à la décharge des sûretés personnes physiques à titre gratuit visée par l'article 80, alinéa 3, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites. Les administrateurs ou gérants de société ayant cautionné les engagements de celle-ci sont ainsi exclus de la protection de la loi du 3 juin 2007 ¹²².

118. L. DU JARDIN, « Actualités du cautionnement à titre gratuit », *op. cit.*, p. 14 et s ; dans le même sens, voy. Chr. BIQUET-MATHIEU et S. NOTARNICOLA, « La protection des sûretés personnelles dites faibles – Le point après la loi du 3 juin 2007 sur le cautionnement à titre gratuit », *op. cit.*, pp. 28-32 ; P. HEYMANS, « Cautionnement à titre gratuit et crédit hypothécaire », *R.C.D.I.*, 2008, p. 9 ; I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Bruxelles, Kluwer, 2010-2011, p. 594.

119. Cass.(1^{re} ch.), 22 décembre 2006, *R.W.*, 2007-2008, p. 275, note R. VAN RANSBEECK.

120. Chr. BIQUET-MATHIEU et S. NOTARNICOLA, « La protection des sûretés personnelles dites faibles – Le point après la loi du 3 juin 2007 sur le cautionnement à titre gratuit », *op. cit.*, p. 45.

121. C. const., 30 juin 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1309, note J.-P. RENARD, *J.T.*, 2005, p. 80, note P. HENRY et F. ABU DALU, *R.W.*, 2004-2005, p. 662, note M. VANMEENEN, *R.D.C.*, 2004, p. 884, note J. WINDEY et K. DRIESEN.

122. E. DIRIX, « De kosteloze borgtocht », *R.W.*, 2007-2008, p. 218 ; Comm. Mons (1^{re} ch.), 4 octobre 2007, *J.T.*, 2007, p. 821, note M. GREGOIRE, relativement au cautionnement d'un commerçant failli.

Conformément à l'article 2043^{ter}, la caution bénéficie d'une présomption de gratuité ; la charge de la preuve que le cautionnement n'a pas été donné à titre gratuit repose de la sorte sur le créancier.

III.2 La décharge des sûretés personnes physiques à titre gratuit dans le cadre de la loi du 8 août 1997 sur les faillites

40. Le régime juridique des mesures de clémence à l'égard des sûretés personnelles en cas d'insolvabilité du débiteur principal a vu l'insécurité juridique régner en maître durant de nombreuses années. La Cour d'arbitrage, devenue Cour constitutionnelle, y a en effet prononcé de nombreux arrêts, plus ou moins inspirés, et la réponse du législateur, qui s'est souvent fait attendre, n'a pas toujours été satisfaisante ¹²³.

C'est dans le cadre de la procédure de faillite du débiteur garanti que sont prévues des mesures de clémences propres aux sûretés personnelles à titre gratuit. La possibilité de décharge est envisagée à l'article 80, alinéa 3 ¹²⁴, de la loi du 8 août 1997, aux termes duquel « sauf lorsqu'elle a frauduleusement organisé son insolvabilité, le tribunal décharge en tout ou en partie la personne physique qui, à titre gratuit, s'est constituée sûreté personnelle du failli lorsqu'il constate que son obligation est disproportionnée à ses revenus et à son patrimoine ».

III.2.1 La notion de gratuité

41. Une controverse est rapidement née concernant la signification du caractère gratuit de l'engagement de la sûreté personnelle.

123. P. et Th. CAVENAILE, « La situation du débiteur failli, du conjoint et des cautions dans la loi du 8 août 1997 sur les faillites », in *Sûretés et procédures collectives*, Formation permanente CUP, Anthémis, 2008, vol. 100, pp. 124 à 143 ; J. CAEYMAEX, « Le recouvrement des créances », in *Guide juridique de l'entreprise- Traité théorique et pratique*, 2^e éd., 2010, titre V, Livre 55.2, pp. 50 et s. ; P. HENFLING et J. WILLEMS, « Excusabilité du failli et décharge de la caution », in *Droit de la faillite. Actualités*, Liège, Jeune barreau de Liège, 2005, p. 37 et s. ; B. INGHELS, « Petite histoire d'une grande idée : l'excusabilité », *R.D.C.*, 2007, p. 327 ; M. LAMENSCH, « Les mécanismes de clémence bénéficiant aux sûretés personnelles d'un débiteur en règlement collectif de dettes – Une analyse critique », *R.G.D.C.*, 2007, pp. 299 et s. ; P. MOREAU, « La loi du 20 juillet 2005 et la décharge des personnes qui se sont constituées sûreté personnelle. Nouvelles interrogations ? », *R.G.D.C.*, 2006, pp. 153-159 ; S. NOTARNICOLA, « La notion de sûreté personnelle à titre gratuit du failli : la fin d'une controverse ? » *Rev. Dr. ULg.*, 2009, pp. 277-281 ; E. VAN DEN HAUTE, « Les époux face à l'insolvabilité : quelle (in)sécurité juridique ? », *Rev. Dr. ULB.*, 2008, pp. 63 et s.

124. Cette disposition a été modifiée par la loi du 20 juillet 2005, entrée en vigueur le 7 août 2005 ; sur les dispositions transitoires de cette loi, voy. P. et Th. CAVENAILE, « La situation du débiteur failli, du conjoint et des cautions dans la loi du 8 août 1997 sur les faillites », *op. cit.*, sp. p.p 131 et s.

La première hypothèse concerne le gérant ou administrateur de la société faillie qui est, par ailleurs, engagé en qualité de sûreté personnelle pour la société. S'inscrivant dans un premier courant jurisprudentiel, la cour d'appel de Gand a considéré, dans son arrêt du 8 janvier 2007¹²⁵, que « la circonstance qu'un gérant ou un administrateur ont intérêt à ce qu'un crédit soit octroyé à la société, dès lors que cette société leur procure un revenu et, qu'en général, ils ont intérêt à ce que la position financière de la société s'améliore, n'a pas nécessairement pour conséquence que le cautionnement n'est pas gratuit ». Elle a jugé que « le cautionnement fourni...est gratuit dès lors qu'il n'est pas établi que ceux-ci perçoivent une forme quelconque d'indemnité pour cette constitution de sûreté ».

Au contraire, selon un courant jurisprudentiel et doctrinal majoritaire¹²⁶, la nature gratuite de la sûreté personnelle concerne l'absence de tout avantage tant direct qu'indirect que la caution est susceptible d'obtenir grâce au cautionnement. Ces considérations ont pour conséquences d'exclure d'office l'associé ou le gérant d'une société commerciale faillie puisque ces derniers bénéficient de revenus directs ou indirects de la société.

42. La Cour de cassation s'est prononcée à trois reprises, par deux arrêts du 26 juin 2008 et un arrêt du 14 novembre 2008, sur la notion de gratuité de la sûreté personnelle. La controverse a été très nettement tranchée dans le sens du courant majoritaire. Les trois arrêts concernaient l'hypothèse dans laquelle des dirigeants de société s'étaient portés cautions pour le remboursement d'un crédit accordé à leur société. La question était de savoir si ces dirigeants de société

125. Gand (7^e bis ch.), 8 janvier 2007, *NjW.*, 2008, p. 260, note G. SUPPLY et S. REMMERY, *R.W.*, 2007-2008, p. 1631, note B. VAN BAEVEGHEM, *R.G.D.C.*, 2008, p. 466 ; cet arrêt a été cassé par Cass. (1^{re} ch.), 26 juin 2008, invoqué *infra* ; ont statué dans le même sens que cet arrêt : Comm. Verviers (1^{re} ch.), 16 novembre 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 470 ; Gand (12^e ch.), 6 décembre 2006, *R.W.*, 2006-2007, p. 1277, note K. CREYF, *R.G.D.C.*, 2008, p. 462, *R.D.C.*, 2007, p. 286, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2007, p. 113 ; Gand, 10 mars 2008, *R.G.D.C.*, 2008, p. 473, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2008, p. 219 ; Gand (7^e ch.), 6 octobre 2008, *R.W.*, 2008-2009, p. 1230 ; Gand (7^e ch.), 8 octobre 2007, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2008, p. 365.

126. B. MAILLEUX, « Bevrijding kosteloze borg », *NjW.*, 2005, p. 939 ; P. MOREAU, « La loi du 20 juillet 2005 et la décharge des personnes qui se sont constituées sûretés personnelles-Nouvelles interrogations ? », *op. cit.*, p. 155, n° 3 ; voy. ég. C. cons, 30 juin 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1309, note J.-P. RENARD, *R.D.C.*, 2004, p. 884, note J. WINDEY et K. DRIESEN, *NjW.*, 2004, p. 1382, note M. TISON, *J.T.*, 2005, p. 80, note P. HENRY et F. ABU DALU, p. 73, *R.W.*, 2004-2005, p. 662, note M. VANMEENEN ; Liège, 4 octobre 2005 (12^e ch.), *J.L.M.B.*, 2006, p. 767, note T. CAVENAILE et P. CAVENAILE, *R.D.C.*, 2007, p. 273, note L. VAN DEN STEEN ; Comm. Turnhout (2^e ch.), 10 janvier 2006, *R.W.*, 2005-2006, p. 1312 ; Comm. Hasselt, 9 février 2006, *NjW.*, 2006, p. 468, note P. COUSSEMENT, *R.D.C.*, 2006, p. 868 ; Comm. Mons (1^{re} ch. extraordinaire), 6 avril 2006, *Rev. Not. b.*, 2007, p. 18 ; Anvers, 23 novembre 2006, *R.D.C.*, 2007, p. 284 ; Liège, 28 juin 2007 (7^e ch.), *J.T.*, 2007, p. 838 ; Mons, 14 novembre 2007 (18^e ch.), *J.L.M.B.*, 2008, p. 1613 ; Anvers, 8 mai 2008, *R.D.C.*, 2008, p. 898 ; Comm. Charleroi (3^e ch.), 26 avril 2006, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1381 ; Comm. Mons (1^{re} ch. extraordinaire), 4 octobre 2007, *J.T.*, 2007, p. 821, note M. GREGOIRE.

pouvaient être considérés comme des cautions à titre gratuit et partant bénéficiaire de la décharge spécifique visée à l'article 80, alinéa 3, de la loi sur les faillites. Selon la Cour de cassation, « la nature gratuite de la sûreté personnelle consiste dans le fait que celui qui s'est constitué sûreté personnelle ne peut retirer aucun avantage économique, tant directement qu'indirectement, de cette constitution. Le fait que celui qui s'est constitué sûreté personnelle a prévu ou non une contrepartie concrète pour la constitution de cette sûreté n'est pas déterminant (...) »¹²⁷. Dans le second arrêt du 26 juin 2008, la Cour a adopté la même position, tout en précisant que pour apprécier le caractère gratuit de la sûreté, le juge devait se placer au moment auquel la sûreté s'était engagée¹²⁸.

La Cour de cassation a ultérieurement confirmé sa position dans un arrêt du 14 novembre 2008¹²⁹.

43. Depuis 2008, les cours et tribunaux appliquent la jurisprudence de la Cour de cassation. Ainsi, les gérants, administrateurs de fait ou de droit, fondateurs, associés et actionnaires de société commerciale qui ont cautionné les engagements souscrits par leur propre société ne peuvent être assimilés à des sûretés à titre gratuit puisqu'au moment de leur engagement, ils espéraient retirer un avantage direct ou indirect de la société¹³⁰. À titre d'illustration, le tribunal de commerce de Bruxelles a notamment estimé que « la possibilité offerte au juge de décharger la personne qui, à titre gratuit, s'est constituée sûreté personnelle d'une société faillie, ne peut bénéficier aux gérants, actionnaires ou administrateurs de cette société, qui les a rémunérés d'une manière ou d'une autre »¹³¹.

Dans un arrêt du 6 mars 2012¹³², la cour d'appel de Liège s'est prononcée sur le caractère gratuit de l'engagement de caution d'un des fondateurs d'une s.p.r.l. Ce dernier, n'ayant pas été désigné comme gérant de la société, estimait pouvoir bénéficier des mesures de décharge de l'article 80, alinéa 3 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites. La cour d'appel a considéré que le seul fait de ne pas exercer une fonction de gérant était insuffisant à caractériser le caractère gratuit puisqu'au moment de son engagement de caution, l'associé pouvait

127. Cass. (1^{re} ch.), 26 juin 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 720, note Th. CAVENAILE, *Pas.*, 2008, p. 1682, *Rev. Dr. Ulg.*, 2009, p. 275, *Rev. prat. soc.*, 2008, p. 84, note W. Derijcke, *Rev. prat. soc.*, 2010, liv. 1-2, 287, note L. DU JARDIN, *R.W.*, 2008-2009, liv. 1, p. 45.

128. Cass. (1^{re} ch.), 26 juin 2008, *Juristenkrant*, 2008, liv. 174, p. 4, *Rev. Prat.soc.*, 2008, p. 84, note W. DERIJCKE, *J.L.M.B.*, 2009, p. 720, obs. Th. CAVENAILE, *Rev. Dr. Ulg.*, 2009, p. 275, note S. NOTARNICOLA, *R.W.*, 2008-2009, p. 365, note P. COUSSEMENT, *R.G.D.C.*, 2008, p. 476, note B. VAN BAEVEGHEM, *R.D.C.*, 2008, p. 728.

129. Cass. (1^{re} ch.), 14 novembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 2549.

130. En ce sens : Comm. Anvers (22^e ch.), 23 mars 2010, *J.D.S.C.*, 2011, p. 38, *R.W.*, 2010-2011, p. 428 ; Gand, 6 octobre 2008 (7^e ch.), *R.W.*, 2008-2009, p. 1230 ; Mons (6^e ch.), 21 novembre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 753.

131. Comm. Bruxelles (4^e ch. extraordinaire), 8 mars 2010, *J.T.*, 2010, p. 509.

132. Liège (7^e ch.), 6 mars 2012, R.G. n° 2010/RG/1858, à paraître à la *J.L.M.B.*

espérer retirer un avantage financier que ce soit par l'attribution de dividendes ou par la valorisation de ses parts.

44. La deuxième hypothèse concerne le conjoint du gérant ou de l'administrateur de la société faillie engagé en qualité de sûreté personnelle. Conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation dans ses arrêts des 26 juin 2008 et 14 novembre 2008¹³³ concernant l'appréciation du caractère gratuit du cautionnement constitué par des dirigeants de société, la sûreté personnelle consentie par l'époux du failli n'a pas un caractère gratuit, puisque ce dernier a intérêt à ce que l'activité de son époux génère un revenu susceptible d'alimenter le patrimoine commun. À titre d'illustration, le tribunal de commerce de Bruxelles a notamment estimé « qu'en sa qualité de compagne du gérant du failli, celle-ci avait un intérêt économique à la constitution de la sûreté au profit de la banque pour le crédit d'investissement qui avait été accordé à la société puisque l'obtention de revenus lui profitait également. Vu cet intérêt économique, le cautionnement ne doit pas être considéré comme gratuit, comme visé à l'article 80, alinéa 3 de la loi sur les faillites du 8 août 1997 »¹³⁴. De même, dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt de la cour d'appel de Liège du 6 mars 2012¹³⁵, mentionné *supra*, l'épouse du fondateur de la S.P.R.L s'était portée caution des engagements de la société. La Cour a très justement rappelé « qu'en cautionnant les engagements de la société dans laquelle son conjoint détenait une participation, l'épouse visait à soutenir le développement de cette société dont elle retirait aussi indirectement un bénéfice » et ne pouvait dès lors bénéficier des mesures de décharge conformément à l'article 80 alinéa 3 de la loi du 8 août 1997.

La jurisprudence envisage, dans certaines hypothèses, la question du caractère gratuit de l'engagement de sûreté personnelle au regard du régime matrimonial adopté par les époux. Ainsi, la sûreté personnelle consentie par l'époux du failli marié sous un régime de communauté de bien ne peut être constituée à titre gratuit puisque, conformément à l'article 1405 du Code civil, les revenus des époux mariés sous un tel régime sont communs. Dans une décision du 26 septembre 2006, le tribunal de commerce de Liège a jugé que « l'épouse du fondateur et actionnaire principal d'une société faillie ne peut être considérée comme étant une caution de bienfaisance. Elle retire un avantage du cautionnement consenti au créancier qui a financé l'outil de travail de son époux commun en biens »¹³⁶.

133. Mentionnés *supra*.

134. Comm. Bruxelles, 2 septembre 2010, *R.D.C.*, 2010, p. 902 ; Comm. Termonde (6^e ch.), 12 décembre 2005, *R.W.*, 2005-2006, p. 953.

135. Liège (7^e ch.), 6 mars 2012, R.G. n° 2010/RG/1858 à paraître à la *J.L.M.B.*

136. Comm. Liège (3^e ch.), 26 septembre 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1233.

En ce qui concerne la sûreté personnelle consentie par l'époux du failli marié sous le régime de la séparation de biens, la jurisprudence¹³⁷ considère que l'époux ne peut s'être engagé en tant que sûreté personnelle à titre gratuit, puisque même en cas de séparation de bien, il retire de son engagement un avantage économique indirect. En effet, en vertu de l'article 221 du Code civil, les époux sont tenus de contribuer aux charges du mariage et ce quel que soit leur régime matrimonial¹³⁸.

45. La troisième hypothèse concerne le caractère gratuit de l'engagement de caution d'un des membres de la famille du failli. La cour d'appel de Mons¹³⁹ s'est prononcée sur le caractère gratuit de l'engagement de caution de la mère d'un failli, avec lequel cette dernière cohabitait. Le cautionnement était destiné à l'acquisition d'un véhicule. Après avoir rappelé la définition de la notion de gratuité, à savoir l'absence de tout avantage économique direct ou indirect retiré par la sûreté de son engagement, la Cour a considéré que la mère du failli ne pouvait bénéficier des mesures de décharges puisqu'en l'espèce, elle avait manifesté un intérêt personnel à l'acquisition et à la conservation de ce véhicule par son fils cohabitant.

III.2.2 La charge de la preuve de la notion de gratuité¹⁴⁰

46. Les cours d'appel de Liège et de Gand ont précisé qu'il appartenait au constituant de la sûreté d'établir le caractère gratuit de son engagement¹⁴¹.

À l'inverse et comme mentionné *supra*, en vertu de l'article 2043*ter* du Code civil, il revient au créancier de démontrer que le cautionnement n'a pas été donné à titre gratuit. Il n'existe dès lors pas d'harmonisation en ce qui concerne la charge de la preuve entre la loi du 8 août 1997 sur la faillite et la loi du 3 juin 2007 relative au cautionnement à titre gratuit.

137. Anvers, 1^{er} juin 2006 (5^e ch.), *R.W.*, 2006-2007, p. 1013, *R.D.C.*, 2007, p. 282 ; Liège (7^e ch.), 14 octobre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 751. Voy. également les décisions inédites citées par M. VANMEENEN et B. WINDEY, « De verschoonbaarheid en de bevrijding van de persoonlijke zekerheidsteller : nieuwe regels, nieuwe zorgen », in *Insolventierecht*, H. COUSY et E. DIRIX, Themis, 2006-2007, n° 38, Bruges, Die Keure, 2006, p. 17.

138. Pour un examen plus complet de cette question voy : M. VANMEENEN et B. WINDEY, « De verschoonbaarheid en de bevrijding van de persoonlijke zekerheidsteller : nieuwe regels, nieuwe zorgen », *op. cit.*, p. 17 et les décisions inédites recensées par ces auteurs.

139. Mons (18^e ch.), 15 décembre 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 1679.

140. À ce sujet : L. DU JARDIN, « Actualités du cautionnement à titre gratuit », in *Actualité de droit des sûretés*, *op. cit.*, p. 12 et s.

141. Liège, 28 juin 2007, *J.T.*, 2007, liv. 6289, p. 838 ; Liège (7^e ch.), 6 mars 2012, RG. n° 2010/RG/1858, à paraître à la *J.L.M.B.* ; Gand, 28 décembre 2009, *NjW.*, 2010, liv. 220, p. 291, note B. MOUTON.

III.2.3 Le moment auquel la notion de gratuité doit être apprécié par le juge

47. Dans son arrêt du 26 juin 2008, exposé *supra*, la Cour de cassation a estimé que le juge devait se placer au moment auquel la sûreté s'était engagée afin d'en apprécier le caractère gratuit. Selon la Cour, il importe donc peu que l'avantage escompté se soit ou non réalisé, le seul espoir de retirer un avantage direct ou indirect de la société cautionnée suffit à écarter le caractère gratuit de la sûreté personnelle. Postérieurement à cet arrêt, le tribunal de commerce de Gand et la cour d'appel de Liège ¹⁴² ont tranché dans le même sens.

Par ailleurs, seuls les Tribunaux de commerce sont compétents pour statuer sur la décharge des sûretés personnelles dans le cadre de la faillite ¹⁴³.

III.2.4 La disproportion entre l'engagement de la sûreté et ses revenus

48. Aux termes de l'article 80, alinéa 3, de la loi du 8 août 1997, « sauf lorsqu'elle a frauduleusement organisé son insolvabilité, le tribunal décharge en tout ou en partie la personne physique qui, à titre gratuit, s'est constituée sûreté personnelle du failli lorsqu'il constate que son obligation est disproportionnée à ses revenus et à son patrimoine ». Comme développé *supra*, le juge examine cette disproportion au moment où il statue et non au moment de l'engagement de la sûreté. ¹⁴⁴ Selon le tribunal de commerce de Bruges, « il existe une disproportion entre les engagements de la sûreté et ses revenus et patrimoine, lorsque la sûreté n'est plus en mesure de mener une existence conforme à la dignité humaine avec ses revenus et/ou son patrimoine, après avoir rempli son engagement en tant que sûreté avec ces revenus et ce patrimoine » ¹⁴⁵.

Lorsqu'une telle disproportion est constatée, le texte prévoit la possibilité d'une décharge totale ou partielle.

Ce système se différencie de celui qui a été retenu dans le cadre de la loi du 8 juin 2007 concernant le cautionnement à titre gratuit, car dans cette hypothèse, l'appréciation de la disproportion éventuelle des moyens financiers de la caution par rapport à l'importance de ses engagements se situe au moment de la formation du contrat. De plus, l'inexistence d'une telle disproportion constitue une véritable condition de validité du cautionnement.

142. Comm. Gand (6^e ch.), 18 décembre 2008, *DAOR*, 2009, liv. 89, p. 70, note G. BALLON, *T.G.R. – T.W.V.R.*, 2009, p. 124 ; Liège (7^e ch.), 6 mars 2012, R.G. n° 2010/RG/1858 à paraître à la *J.L.M.B.*

143. Liège, 20 décembre 2007, *R.D.C.*, 2008, liv. 10, p. 891.

144. Liège (7^e ch.), 18 octobre 2007, *J.L.M.B.*, 2009, p. 732.

145. Comm. Bruges (1^{re} ch. *bis*), 19 février 2007, *R.W.*, 2008-2009, p. 841.

III.2.5 La procédure de décharge de la sûreté personnelle ¹⁴⁶

49. Pour bénéficier de la décharge visée à l'article 80, alinéa 3, de la loi du 8 août 1997, les personnes physiques qui à titre gratuit se sont constituées sûretés personnelles du failli sont tenues de déposer au greffe du tribunal de commerce une déclaration attestant la disproportion entre leur obligation et leurs revenus (article 72*bis*, alinéa 1). À cette fin, conformément à l'article 72*bis*, ces personnes sont averties par la publication au *Moniteur belge* et par une lettre recommandée avec accusé de réception adressée par le curateur. La cour d'appel de Mons a connu d'une espèce dans laquelle la sûreté n'avait pas été avertie régulièrement de cette possibilité de décharge. La cour a estimé que « la réparation la plus adéquate de ce manque d'information consiste à admettre que la demande de décharge a pu être valablement introduite par l'opposition formée par la sûreté au jugement par défaut qui avait constaté qu'elle n'avait pas demandé la décharge » ¹⁴⁷.

Enfin, conformément à l'article 24*bis* de la loi du 8 août 1997, les voies d'exécution sont suspendues, à charge de la personne physique qui à titre gratuit s'est constituée sûreté personnelle du failli, à compter du jugement déclaratif de faillite. Comme la rappelé la cour d'appel de Mons ¹⁴⁸, cette disposition, prévoyant uniquement une suspension des voies d'exécution et non des procédures en cours, n'empêche pas un créancier de prendre jugement contre la caution.

III.2.6 Les codébiteurs solidaires peuvent-ils bénéficier de la décharge envisagée à l'article 80 alinéa 3 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites ?

50. Par la loi du 4 septembre 2002 ¹⁴⁹, le législateur avait étendu les effets de l'excusabilité visés à l'article 80 de la loi du 8 août 1997 à la personne physique qui, à titre gratuit, s'était rendue *caution* des obligations du failli déclaré excusable (article 82 ancien). Cette modification législative était intervenue suite de l'arrêt du 28 mars 2002 ¹⁵⁰ de la Cour d'arbitrage, devenue Cour constitutionnelle. La caution personne physique à titre gratuit, se voyait dès lors automatiquement déchargée de ses obligations en cas d'excusabilité du failli.

146. Pour un examen plus approfondi de la procédure voy, B. INGHELS, « Petite histoire d'une grande idée : l'excusabilité », *op. cit.*, p. 324 et s.

147. Mons (20^e ch.), 4 juin 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 946.

148. Mons (18^e ch.), 9 septembre 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 364.

149. *M.B.*, 21 septembre 2002.

150. Cour. Const., 28 mars 2002, *Arr. C.A.*, 2002, liv. 2, p. 831, *Act. dr.*, 2002, liv. 4, p. 566, note A. FAYT, *J.L.M.B.*, 2002, p. 808, *Juristenkrant*, 2002, p. 9, *R.W.*, 2002-2003, p. 457, note C. LEBON, *R.D.C.*, 2002, p. 437 ; *T.B.P.*, 2003, liv. 5, p. 336.

Le législateur a mis fin à ce régime par la loi du 20 juillet 2005¹⁵¹ et dissocie désormais le régime de la décharge des sûretés du régime de l'excusabilité. L'article 80 alinéa 3 de la loi sur les faillites, envisage plus globalement la décharge des sûretés personnes physiques. La décharge n'est donc plus réservée aux seules cautions, comme cela était prévu par l'article 82 ancien, mais s'applique à l'ensemble des sûretés personnes physiques à titre gratuit. Cette interprétation est partagée par la cour d'appel de Liège qui a jugé qu'« ainsi que cela résulte de la formulation même adoptée à l'article 80 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, la décharge doit bénéficier à celui qui s'est constitué sûreté personnelle, notion plus large que celle de caution : 'on vise ici toute personne qui, par l'effet de sa volonté, est obligée à la dette du failli, alors même qu'elle n'a pas un intérêt personnel au paiement de celle-ci : c'est-à-dire notamment la caution, mais encore le codébiteur qui agit en qualité de sûreté personnelle'. Il est ainsi fait référence au codébiteur tel que visé à l'article 1216 du Code civil »¹⁵².

La cour d'appel de Gand ainsi que les tribunaux de commerce de Charleroi, d'Audenarde et de Gand¹⁵³ ne partagent cependant pas cette opinion et considèrent que la décharge ne vise que les cautions sans s'étendre aux codébiteurs solidaires.

Rappelons que la situation est différente dans le cadre de la loi du 3 juin 2007 sur le cautionnement à titre gratuit, comme développé *supra*.

III.2.7 Les sûretés réelles consenties en garantie des obligations du failli sont-elles visées par l'article 80 de la loi du 8 août 1997 ?

51. La décharge envisagée à l'article 80 n'a aucune incidence sur les sûretés réelles consenties en garantie des obligations du failli. M. Henfling et M^{me} Willems rappellent en effet que contrairement au tiers affectant hypothécaire qui n'est tenu que sur l'immeuble affecté en hypothèque, la caution personnelle répond de son engagement sur l'ensemble de ses biens¹⁵⁴. À leur sens, l'article 80 de la loi du 8 août 1997 n'établit donc pas de discrimination entre les sûretés personnelles et les sûretés réelles.

151. *M.B.*, 1 août 2005.

152. Liège (7^e ch.), 28 juin 2007, *J.T.*, 2007, p. 838.

153. Gand (7^e ch.), 8 octobre 2007, *R.W.*, 2008-2009, p. 804, *T.G.R.- T.W.V.R.*, 2008, p. 367 ; Comm. Charleroi (1^{re} ch.), 6 mars 2007, *J.L.M.B.*, 2009, p. 756, note S. NOTARNICOLA ; Comm. Audenarde (2^e ch.), 25 octobre 2007, *R.W.*, 2007-2008, p. 1420.

154. P. HENFLING et J. WILLEMS, « Excusabilité du failli et décharge de la caution », *op. cit.*, p. 40. Également en ce sens : Cour. const., 25 janvier 2006, *Arr.C.A.*, 2006, p. 189, *J.L.M.B.*, 2006, p. 764 ; Cour. Const., 15 mars 2006, *Arr. C.A.*, 2006, p. 495.

III.3 La libération du conjoint ou de l'ex-conjoint du failli visée par l'article 82 de la loi du 8 août 1997

52. Le conjoint et l'ex-conjoint du failli bénéficient également de l'article 82 de la loi du 8 août 1997 qui dispose : « Le conjoint du failli qui est personnellement obligé à la dette de son époux ou l'ex-conjoint qui est personnellement obligé à la dette de son époux contractée du temps du mariage est libéré de cette obligation par l'effet de l'excusabilité ». En cas d'excusabilité du failli, la décharge automatique à l'égard du conjoint ou de l'ex-conjoint est la règle. Dans un récent arrêt du 18 mai 2011, la Cour constitutionnelle a estimé « qu'en conférant à la décision sur l'excusabilité du failli un effet automatique sur la situation du conjoint ou de l'ex-conjoint, l'article 82, alinéa 2 ne porte pas une atteinte discriminatoire aux droits des intéressés »¹⁵⁵.

La libération du conjoint ou de l'ex-conjoint ne porte pas sur leurs *propres* dettes. Des dettes contractées par le conjoint du failli et qui ont des répercussions sur la communauté de biens du failli et du conjoint ne doivent pas être considérées comme des dettes du failli.¹⁵⁶ Ainsi, dans un arrêt du 14 janvier 2010¹⁵⁷, la Cour de cassation a rappelé ce principe s'agissant de la part d'impôt afférant aux activités du conjoint du failli. Dans une espèce similaire, la Cour a confirmé sa jurisprudence par un arrêt du 20 mai 2010 : « En matière de dettes fiscales, la déclaration d'excusabilité concerne uniquement les dettes fiscales propres du failli. La quotité d'impôt afférant aux revenus imposables du conjoint contribuable du failli ne constitue pas une dette fiscale du failli dont répond le conjoint du failli, mais constitue une dette dont répond personnellement le non failli, même si en vertu de l'article 394, § 1^{er} du C.I.R. 1992, avant la déclaration d'excusabilité, cette dette pouvait être recouvrée tant sur le patrimoine commun que sur les biens propres des deux conjoints »¹⁵⁸.

La libération du conjoint ou de l'ex-conjoint ne porte que sur l'ensemble *des dettes du failli* auxquelles ils sont tenus soit personnellement, soit volontairement ou même indirectement du fait de la loi (notamment fiscale)¹⁵⁹.

155. C. const., 18 mai 2011, *R.W.*, 2011-2012, p. 161.

156. I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Bruxelles, Kluwer, 2010, p. 761.

157. Cass.(1^{re} ch.), 14 janvier 2010, *Pas.*, 2010, I, p. 157, *R.G.C.F.*, 2010, p. 279, *R.D.C.*, 2010, p. 640, *T.G.R. – T.W.V.R.*, 2010, p. 292, *T.F.R.*, 2010, p. 1025, note G. GOOSSENS ; pour une critique, voy. B. VANERMEN, « Actualia fiscaal executierecht », in *Insolventie en beslagrecht*, Bruges, Die Keure, 2010, p. 124 ; A. DE WILDE, « Verschoonbaarheid en bevrijding in het faillissementsrecht : een schone lei voor de wetgever ? », *R.W.*, 2005-2006, p. 607.

158. Cass.(1^{re} ch.), 20 mai 2010, *F.J.F.*, 2011, p. 101, *Pas.*, 2010, p. 1590.

159. En ce sens : P. HENFLING et J. WILLEMS, « Excusabilité du failli et décharge de la caution », *op. cit.*, p. 48 ; W. DERIJCKE et F. T'KINT, *La faillite, Rép. not.*, t. XII, liv. 12, p. 536, n° 372.

Vu le caractère général des termes de l'article 82, alinéa 2, la libération concerne les dettes qu'aurait souscrit le conjoint en qualité *de caution ou de codébiteur solidaire* du failli. Selon M. Henfling et M^{me} Willems, « la décharge du conjoint du failli s'applique à l'ensemble des dettes du failli auxquelles il est personnellement tenu, que ce soit par l'effet de dispositions légales ou par sa propre volonté que ce soit à titre de caution ou en tant que codébiteur solidaire »¹⁶⁰. Cette position est appliquée par la cour d'appel de Liège qui a estimé qu'« eu égard à la généralité des termes de la loi, le conjoint est déchargé quelle que soit la qualification donnée à son engagement : caution ou codébiteur »¹⁶¹.

Par ailleurs, l'article 82, alinéa 2, ne prévoit pas d'exceptions pour les cas où la dette serait *commune* aux époux. Dès lors, certaines juridictions¹⁶² ont, par le biais de l'excusabilité, libéré le conjoint du failli de la dette relative au remboursement d'une ouverture de crédit qui avait été consentie aux deux époux. La Cour d'arbitrage, devenue Cour constitutionnelle, s'était également prononcée en ce sens dans un arrêt du 12 mai 2004 : « La règle de l'excusabilité porte sur les dettes propres du failli. L'extension des effets de l'excusabilité au conjoint du failli qui (s') personnellement obligé à la dette du failli et aux personnes physiques qui se sont rendues caution à titre gratuit d'une obligation du failli se situe dans le prolongement de cette règle¹⁶³. Ils ont souscrit une obligation propre de caution, mais cette obligation ne porte pas sur le paiement d'une dette propre, mais sur la liquidation d'une dette du débiteur principal failli »¹⁶⁴. Cette position ne fait cependant pas l'unanimité. En effet, Mesdames Biquet et Notarnicola, notamment, estiment que « pour que le conjoint soit libéré du seul fait de l'excusabilité du failli, il faut qu'il s'agisse d'une dette du failli pour laquelle il est engagé – contractuellement ou légalement peu importe – en qualité de tiers garant, par exemple comme caution ou codébiteur non concerné par la dette »¹⁶⁵. La Cour de cassation¹⁶⁶ a récemment tranché cette question. En l'espèce, la dette litigieuse

160. P. HENFLING et J. WILLEMS, « Excusabilité du failli et décharge de la caution », *op. cit.*, p. 48.

161. Liège (7^e ch.), 2 octobre 2008, *J.L.M.B.*, 2010, p. 348.

162. Mons (20^e ch.), 21 février 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1241 ; Liège (7^e ch.), 24 février 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1345.

163. Sous l'empire de la loi du 4 septembre 2002, le législateur avait étendu les effets de l'excusabilité visés à l'article 80 à la personne physique qui, à titre gratuit, s'était rendue caution des obligations du failli déclaré excusable.

164. C. const., 12 mai 2004, *Arr. C.A.*, 2004, p. 879, *R.D.C.*, 2004, p. 876, note J. WINDEY et K. DRIESEN, *NjW.*, 2004, p. 1134, note M. TISON, *R.W.*, 2004-2005, p. 658, note M. VANMEENEN. En ce sens également : C. const., 12 janvier 2005, *Arr. C.A.*, 2005, p. 61 ; C. const., 11 mai 2005, *Arr. C.A.*, 2005, p. 1169, *R.W.*, 2005-2006, p. 620, note A DE WILDE.

165. C. BIQUET-MATHIEU et S. NOTARNICOLA, « La protection des sûretés personnelles dites faibles. Le point après la loi du 3 juin 2007 sur le cautionnement à titre gratuit », *op. cit.*, p. 85, n° 73. Dans le même sens : Civ. Termonde, 12 septembre 2006, *R.W.*, 2006-2007, p. 1686 ; M. DEBUCQUOY, « De wet van 20 juli 2005 : Koppel verschoonbaarheid & bevrijding uit elkaar », *T.R.V.*, 2006, p. 453, n° 23.

166. Cass. (1^{re} ch.), 24 février 2011, *J.L.M.B.*, 2011, p. 1673, note P. CAVENAILE, *R.D.C.*, 2011, p. 879, NOTE D. PASTEGER.

concernait un crédit d'habitation souscrit par les deux époux antérieurement à l'activité professionnelle du failli. La Cour a estimé qu'en vertu de l'article 82, la décharge du conjoint était générale et devait s'appliquer à toutes les dettes sans exception. L'application de cette disposition s'étendait donc à l'hypothèse où le conjoint du failli était codébiteur avec celui-ci d'une dette contractée avant la faillite par les deux époux et dont le conjoint du failli était dès lors personnellement tenu. La Cour, confirmant un arrêt rendu par la cour d'appel de Liège du 24 février 2009¹⁶⁷, a donc réaffirmé la position selon laquelle la décharge visée à l'article 82 était générale et s'appliquait à toute dette sans exception.

Par ailleurs, une même personne peut se trouver à la fois dans la situation d'une sûreté personnelle et également être le conjoint ou l'ex-conjoint du failli, elle pourrait dès lors bénéficier de la libération conformément à l'article 82 de la loi du 8 août 1997 ou de la décharge totale ou partielle du fait de son rôle de sûreté personnelle à titre gratuit conformément à l'article 80 alinéa 3 de la loi du 8 août 1997.

Enfin l'article 24*bis* de la loi du 8 août 1997, qui prévoit la suspension des voies d'exécution à l'encontre du failli et des sûretés personnelles à compter du jugement déclaratif de faillite, ne s'applique pas au conjoint. Sur question préjudicielle de la cour d'appel de Liège¹⁶⁸, la Cour constitutionnelle¹⁶⁹, a jugé l'article 24*bis* contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il n'a pas prévu la suspension des voies d'exécution au profit du conjoint en attendant la décision relative à l'excusabilité du failli.

III.4 La décharge des sûretés personnes physiques à titre gratuit dans le cadre du règlement collectif de dettes

53. Une procédure de décharge, comparable à celle envisagée dans la loi sur les faillites, a été prévue par le législateur à l'article 1675/16*bis* du Code judiciaire. Conformément à cet article, le juge peut prononcer la décharge totale ou partielle des personnes ayant constitué une sûreté personnelle à titre gratuit pour le débiteur s'il constate que les obligations qu'elles ont contractées sont disproportionnées par rapport à leurs revenus¹⁷⁰.

167. Liège (7^e ch.), 24 février 2009, *J.L.M.B.*, 2009, liv. 29, p. 1345.

168. Liège (7^e ch.), 29 janvier 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 354.

169. C.const., 4 février 2010, *NjW.*, 2010, p. 416, note J. LEARTS, *R.A.B.G.*, 2010, p. 475, *Rev. Prat. Soc.*, 2010, p. 104, note I. VEROUSTRATE, *R.W.*, 2009-2010, p. 1109, *R.W.*, 2009-2010, p. 1635, note E. DIRIX, *R.D.C.*, 2010, p. 286, *T. Fam.*, 2010, p. 90, note C. AERTS. La Cour s'était déjà prononcée à deux reprises sur cette question dans ses arrêts du 27 avril 2005 et 23 novembre 2005 ; C.const., 27 avril 2005, *R.W.*, 2005-2006, p. 618, note A. DE WILDE ; C.const., 23 novembre 2005, *J.T.*, 2006, p. 2, *R.W.*, 2006-2007, p. 171.

170. La charge de la preuve de cette disproportion entre les revenus de la personne physique et son engagement en tant que sûreté personnelle à titre gratuit incombe à cette personne (C. trav. Liège, 9 novembre 2011, inédit, R.G n° 2011-AU-066).

Cet article vise les sûretés personnelles, ce qui recouvre non seulement les cautions, mais également les codébiteurs solidaires et indivisibles. Ainsi le tribunal du travail de Nivelles¹⁷¹ a considéré qu'un codébiteur solidairement tenu avec le requérant était recevable à solliciter la décharge de son engagement sur base de l'article 1675/16*bis* du Code judiciaire. A l'inverse, les constituants de sûretés réelles ne sont pas visés¹⁷².

III.5 Le sort des sûretés personnelles dans le cadre de la procédure en réorganisation judiciaire

54. La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises n'a pas réservé de mesures particulières de décharge pour les sûretés personnelles. Ainsi, les codébiteurs et sûretés personnelles ne bénéficient ni du sursis (article 33), ni du plan de réorganisation (article 57). Les codébiteurs et sûretés personnelles, ne bénéficient donc pas de recours subrogatoire après paiement contre le débiteur principal pour les dettes dont ce débiteur a été déchargé dans le cadre du plan. En revanche le législateur a prévu d'une part, un droit d'audition au bénéfice des codébiteurs et des sûretés personnelles, au sujet du plan de réorganisation judiciaire (article 53) et d'autre part, la suspension des voies d'exécution du chef des créances sursitaires à charge de la personne physique qui à titre gratuit s'est constituée sûreté personnelle du débiteur à dater du jugement ordonnant le transfert d'entreprise (article 69).

171. Trib. Trav., Nivelles (7^e ch.), 12 janvier 2009, *Annuaire juridique du crédit*, 2009, p. 557, note M. FORGES.

172. P. HENFLING et J. WILLEMS, « Excusabilité du failli et décharge de la caution », *op. cit.*, p. 40 ; également en ce sens C.const., 25 janvier 2006, *Arr.C.A.*, 2006, p. 189, *J.L.M.B.*, 2006, p. 764 ; C. const., 15 mars 2006, *Arr.C.A.*, 2006, p. 495 ; C. trav. Liège (10^e ch.), 15 novembre 2011, inédit, R.G. n° 2011-AL-124.